

INTRODUZIONE

Con lo studio che ci accingiamo a presentare, si intende tracciare sul piano comparatistico una visione del negozio fiduciario, nell'esperienza francese e in quella nostrana, che esca dal perimetro del tradizionale commento del diritto continentale contrapposto al diritto dei sistemi di common law¹, nel tentativo di proporre, per quanto possibile, una ricostruzione inedita e problematica della fiducia.²

Si eviterà pertanto di indugiare su elementi descrittivi (data la latitudine comunemente attribuita alle c.d. operazioni fiduciarie) e su elementi storico- evolutivi, che in questo studio si daranno per presupposti³. L'obiettivo sarà invece quello di esplorare la semantica del negozio fiduciario in Francia e in Italia, attraverso l'individuazione dello specifico formante, *separazione patrimoniale*, che, a nostro avviso, costituisce il coefficiente di riferimento, tanto per il sistema giuridico d'Oltralpe che per il nostro. Questo passaggio permetterà di indagare le operazioni fiduciarie e la proprietà fiduciaria, che ne costituisce il precipitato tecnico⁴.

¹.Dicotomia che costituisce consolidato *ius receptum* non solo per il diritto comparato, ma anche per il diritto civile e internazionale; *ex multis* K.ZWEIGERT-H.KOETZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992 I, p.76ss.

² Si ritiene di dare ingresso ad una ricostruzione, che, attesa l'eterogeneità del negozio fiduciario, non consideri il fenomeno come unitario, ma strutturato come un'operazione, che consta eventualmente di più atti o più negozi. Come si avrà modo di approfondire, il dato normativo del contratto di fiducia francese, (cfr. art.2018 e 2019 Cod civ.fr, d'ora in poi *c.c.fr*) propende per considerare la *fiducie un'operazione conclusa contrattualmente, per atto notarile, in caso di beni indivisi o conguagli, o per legge*. Analogo discorso può essere espresso per il negozio fiduciario in Italia, ad esempio se si richiama quella dottrina che considera la fiducia riconducibile al negozio indiretto. Sul tema *amplius* Cap.I sezione B), cui si rinvia.

³ Non si cercherà di tracciare la c.d. storia dell'istituto, ma si segnaleranno solo i tratti salienti, che hanno determinato precise scelte di disciplina, in ordine alle fattispecie considerate

⁴ Affrontare la tematica del negozio fiduciario comporta la necessità, per l'interprete, di rapportarsi ad un panorama segmentato: l'operazione fiduciaria non si risolve, infatti, esclusivamente con lo scrutinio di quali siano gli elementi, che costituiscono la *fides* riposta dal fiduciante nell' *agere* del fiduciario, ma l'indagine si estende anche agli strumenti da

Coefficiente di catalizzazione di tutto il lavoro di ricerca è rappresentato dalla Legge Francese sulle Fiducie⁵, che, al di là delle

questi attivati, per la realizzazione del programma, e, in primo luogo, alla proprietà fiduciaria, che costituisce non il fine, bensì il veicolo attuativo. L'analisi finisce, altresì, per tangere situazioni giuridiche finite, quali il negozio simulato, il negozio indiretto e il negozio in frode alla legge; fattispecie queste, altrimenti, riconducibili alla dicotomia *apparentia iuris /apparentia facti*. Proprio questa poliedricità dell'operazione fiduciaria, ne ha determinato, nei secoli, la fascinazione e al contempo lo sfavore, a seconda delle opzioni di politica legislativa praticate. Sul tema *amplius* Capitolo 1.par.1.

⁵ La tematica delle *fiducie* è piuttosto risalente nell'ordinamento francese: il dibattito che ha preceduto l'introduzione della *fiducie* ha avuto un'evoluzione bifasica. Nel periodo precedente gli anni 90, le singole ipotesi di fiducie erano relegate a fattispecie c.d. innominate, attinenti all'ambito esclusivamente finanziario creditizio e considerate ipotesi limite, valutate con sfavore dalla dottrina di riferimento e dall'Amministrazione Finanziaria, in quanto veicolo di contegni elusivi e di trasferimenti fittizi di valori e ricchezze (sul punto tra gli altri P. CARRIÈRE, *Le operazioni di portage azionario, tra proprietà temporanea e proprietà economica*, Milano, 2008).

Dopo gli anni 90 la dottrina pare essere più incline a considerare la possibilità di disciplinare autonomamente un nuovo tipo di fiducia contrattuale, con il dichiarato intento di fornire uno strumento di mobilitazione di ricchezza, alternativo al trust.

Tra i principali contributi sul tema si veda: A. GAMBARO, *Il trust in Italia e Francia in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, in P. CENDON (a cura), Milano, 1994, p. 497 e ss.

Come accennato supra, prima dell'introduzione della *fiducie* esistevano altre fattispecie, che costituivano forme di fiducie c.d. *innommées*; ad esempio: *la vente à réméré* (artt. 1659 e ss. code civil), la *cession Dailly* (artt. L 313-23 e ss. *code monétaire et financier*) e la *titrization de créances* (artt. L 214-13 e ss. *code monétaire et financier*), così come attestato in dottrina da V. Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droits des contrats et droits des biens*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 2009, p. 49; Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, Paris, 1981; P. PUIG, *La fiducie et les contracts nommés*, in *Dr. et patr.*, juin, 2008, p.68 A. MUNARI, *Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*, in *Giur Comm.* 1993, I, p.129s; A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla 'fiducie'* in *Trust e Attività Fiduciarie* 2006 p.531ss; A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie. una fiducia con molti limiti*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, p.569ss.; E.M. MASTROPAOLO, *Le fiducie nel diritto positivo francese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p.35ss; S. UGOLINI, *Verso il riconoscimento del contratto di fiducie nel codice civile francese?* 2006, p.366; S. UGOLINI, *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 309-331; F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 124-134; A. BERLINGUER, *Trust et fiducie en Italie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 600; C.A. MARCOZ (Consiglio nazionale del notariato), *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della "fiducia"*, n. 2007-211 del 19.02.07, Studio 12008/A; D. PAPPADA, *Il registro francese delle fiducie*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2010; ID, *L'EIRL: nuovo esperimento di separazione patrimoniale*, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2011; ID *L' avvocato fiduciaire*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2012 ID, *La fiducia nel*

dichiarate intenzioni del Legislatore, così come desumibili dai lavori preparatori⁶ costituisce un unicum nel panorama del diritto continentale

codice civile rumeno, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013; ID, *Il Trust in Francia: nuovi profili fiscali*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013; ID, *L'emulazione del trust in Francia*, in www.comparazonediritto civile.it; A. GALLARATI, *Fiducie v. Trust Spunti per una riflessione sull'adozione del modello fiduciario in diritto italiano*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2010, p. 238ss; M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario: il caso francese*, in A. BARBA –D. ZANCHI, (a cura di) *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012, p.142-167; F. MAIMERI, *La fiducia a scopo di garanzia*, in BARBA –ZANCHI, (a cura di) *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012, p.327ss.

Tra i contributi francesi si segnala ancora: *La fiducie, mode d'emploi, dossiers pratiques*, F. Lefebvre, 2007. 4 Loi n. 211 du 19.02.07 in JORF, 21.02.07, p. 3052. Indicazioni utili si ricavano da una consultazione dei lavori preparatori, che qui sommariamente si segnalano: «*Le texte de la proposition de loi, tel qu'il a été adopté par les sénateurs et déposé sur le bureau de l'assemblée nationale, ne porte pas une ambition aussi large que la version initiale de M. Philippe Marini, ni même que les conclusions de la commission des lois du Sénat, loin s'en faut. Il traduit une vision économique de la fiducie en laissant de côté ses aspects civilistes, ce qui place la France au rang des curiosités en la matière*», che pone in rapporto il progetto di legge presentato dal sen. Marini e la recezione che ne è avvenuta ad opera dell'Assemblea Nazionale nel rapporto n. 3655, *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n. 3385) adopté par le Sénat, consultabile in* <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp>. E in relazione ai rapporti tra il nascente istituto e il trust: «*Outre les délocalisations, d'autres facteurs incitent à fournir à la France un régime cohérent de fiducie, traduisant sous ces traits le trust*». In proposito si può vedere più diffusamente *Proposition de loi instituant la fiducie*, presentata dal senatore Philippe Marini nella seduta del 8.02.05, <http://www.senat.fr/leg/ppl04-178.html>.

⁶ In questa sede, per rendere maggiormente comprensibile lo Studio che ci accingiamo a presentare forniremo una *summa* dell'iter storico evolutivo seguito dal Legislatore francese nell'elaborazione della fiducie, in quanto, nella presente trattazione, si eviteranno approfondimenti storici di carattere generale, circoscrivendoli alle singole problematiche oggetto di trattazione.

La strutturazione del contratto di fiducie presenta una stratificazione, dovuta alle diverse fasi in cui il Legislatore è intervenuto sul tema. Per ragioni di mera comodità, possono essere individuati quattro momenti determinanti:

- a) *Una fase prodromica: caratterizzata dalla ricorrenza di una serie di interventi preparatori all'introduzione della fattispecie nominata;*
- b) *Una fase costituente: in cui la fiducie fa ingresso ufficialmente nell'ordinamento giuridico francese;*
- c) *Una fase correttiva emendativa: in cui l'istituto viene ripensato in alcuni passaggi portanti;*
- d) *Una fase confermativa: in cui il legislatore, con interventi a latere, pare sostenere le opzioni praticate in sede di correzione, e abbandona definitivamente l'impostazione primigenia desumibile dai lavori preparatori.*

Segnatamente, la *fase a)* risulta caratterizzata da una nuova disciplina del patto commissorio e da una rivisitazione delle maglie del divieto:

In particolare, il sistema delle garanzie viene profondamente innovato nel 2006, attraverso l'abolizione del patto commissorio: con l' *Ordinanza 23 marzo 2006 n.346*, si realizza il raggruppamento delle norme all'interno di un libro quarto del Code civile, esclusivamente dedicato a questa materia. Si persegue lo scopo di innovare il diritto delle garanzie, in punto di efficienza, al fine di facilitare l'accesso al credito e contribuire, in tal modo, a rendere più dinamici il consumo e l'investimento. Si segnala a riguardo, l'introduzione tra le garanzie personali, della *garanzia autonoma* e della *lettera di intenti*, la *completa riscrittura della normativa sul pegno*, con la conseguente possibilità di avere un pegno senza possesso, e soprattutto *l'abolizione del divieto del patto commissorio*. Di conseguenza, i costituenti possono prevedere, al momento della costituzione del pegno, che il creditore diverrà proprietario della cosa data in garanzia, nel caso di inadempimento da parte del debitore. Nel campo delle garanzie reali immobiliari, si segnala: l' *Hypothèque rechargeable*, che permette di utilizzare la medesima ipoteca a garanzia di più crediti successivi, nel limite di un importo massimo; il *Pret viagr hypothécaire*: che dovrebbe consentire al proprietario di un bene immobile di ottenere del denaro, senza procedere alla vendita del bene stesso, dal momento che il creditore potrà rivalersi dopo la morte del debitore, sull'oggetto dell'ipoteca; così A. NERI, *La recente legge*, cit.p..571s.

La fase b) presenta a sua volta una possibile partizione. Da un lato, è possibile delineare il tracciato dei lavori preparatori, che, nello spirito di una denunciata competitività con i trust, presenta un contratto di fiducia con un margine applicativo più sensibile e disinvolto da quello licenziato dall'assemblea Nazionale. Infatti, nella discussione del 7 febbraio 2007 si può leggere «*La France ne pouvait demeurer en retrait. L'ouverture des frontières et l'internationalisation des échanges rendaient indispensable de créer, dans notre droite, un outil comparable à celui que les entreprises et les investisseurs sont habitués à trouver dans d'autres droits* » e la relazione che accompagna la proposta di legge del senatore Philippe Marini del 8 febbraio 2005, V. *Proposition de loi instituant la fiducie*, cit. «*L'ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques vers des pays plus attrayants d'un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans les États connaissant l'institution. Ces délocalisations ne sont pas souhaitables économiquement, car des richesses quittent la France parfois exclusivement à cause d'une lacune du système juridique*».

Viene a delinearci un contratto a cui si sarebbero applicati i principi generali del diritto delle obbligazioni, tra cui quelli del contratto in favore di terzo, che risulta essere la forma a priori del negozio (rectius delle operazioni negoziali) lungo tutta la durata dell'iter evolutivo dell'istituto. Si veda in proposito, *Proposition de loi instituant la fiducie*, cit : «*Le*

droit commun de la stipulation pour autrui aura vocation à s'appliquer ». Non vi sarebbero limitazioni *ratione subiecti* (i costituenti e i fiduciari) né *ratione materiae* (da quello delle finalità). Così come desumibile dalla consultazione dell' art. 2062 code civil, secondo le previsioni della *Proposition de loi instituant la fiducie*, cit. «*La fiducie résulte d'un contrat par le quel un constituant transfère des droits de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission à titre onéreux, exclusivement ou cumulativement. Le transfert s'opère dans un patrimoine d'affectation, appelé patrimoine fiduciaire, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire et de tout autre patrimoine fiduciaire, le fiduciaire devenant titulaire ou propriétaire des droits transférés*». Viene introdotto il concetto di proprietà modellata o conformata, per giustificare il processo di separazione patrimoniale indotto e la creazione della proprietà fiduciaria:«*Cette définition prévoit en outre que le transfert aura lieu dans un patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire et que les biens transférés seront grevés d'une charge de gestion. La fiducie crée une forme de propriété modelée; elle n'est donc pas la création d'un nouveau droit réel ; on ne pourra pas lui objecter une éventuelle atteinte à un numerus clausus des droits réels. La propriété fiduciaire, contrairement au droit anglais, n'implique pas de dédoublement de la propriété, aucun droit réel n'étant conféré au bénéficiaire de la fiducie*». Così: *Proposition de loi instituant la fiducie*, cit. Ad un certo punto, invece, prevale un orientamento restrittivo che è quello poi codificato, secondo cui si apprezza una restrizione per il ruolo dei fiduciari, che vengono individuati unicamente in soggetti sottomessi a regole di controllo e trasparenza penetranti (quali banche, assicurazioni, imprese di investimento) come confermato dal Senato nel *rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie*, <http://www.senat.fr/rap/106-011/106011.html>, in cui si legge «*Contrairement à la proposition de loi, votre commission estime qu'à l'heure actuelle des éléments importants font défaut pour que la qualité de fiduciaire soit ouverte à toute personne physique ou morale. Si opta, pertanto, per una riduzione soggettiva che tradisce l'aspirazione ad interloquire esclusivamente con i mercati finanziari: «Il lui semble nécessaire de limiter cette qualité à des personnes soumises à des règles de contrôle et de transparence strictes et présentant des garanties réelles en termes de solvabilité. Elle vous propose, en conséquence, de réserver la fonction de fiduciaire, pour l'essentiel, aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement ainsi qu'aux entreprises d'assurance. Elle estime néanmoins que, dans l'avenir, et en fonction des souhaits exprimés par les professions juridiques réglementées, il conviendra de réfléchir à la possibilité pour celles-ci d'exercer une activité de fiduciaire ».*

Per ragioni fiscali e per agevolare le misure di contrasto al riciclaggio, i costituenti devono risiedere necessariamente nell'Unione Europea: «*Afin qu'un contrôle réel puisse être exercé sur l'activité des fiducies constituées par le droit français, votre commission vous propose de limiter la possibilité de constituer une fiducie de droit français aux seules personnes résidant dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu une convention fiscale prévoyant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale*».

.Si giunge quindi progressivamente ad un formale abbandono del modello domestico di trust, che costituiva invece l'incipit dei lavori preparatori. Ciò si avverte massimamente attraverso una perimetrazione della figura del fiduciario, che non deve imitare il trust ma adattarsi ad una “*fiducie à la française*” in quanto “*ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important “tel quel” le trust anglo-saxon...que est marqué par l'empreinte de la common law, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain*” (così con precisione PAPPADÀ, *L'emulazione*, cit. passim).

In conclusione la fase b) si caratterizza per una progressiva sconversione, almeno dal punto di vista formale, dall'impostazione primigenia del senatore Marini e ci si allontana dalla confezione dell'istituto quale mero surrogato del trust. Dunque, nel febbraio 2007, l'Assemblea Nazionale licenzia il testo, anche se con delle perplessità. La *fiducie* del 2007 è pertanto l'operazione (conclusa contrattualmente, per atto notarile in caso di beni indivisi o conguaglio, o per legge) attraverso la quale uno o più soggetti trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari, che agiscono (tenendo questi beni distinti dal proprio patrimonio personale) per il perseguimento di un fine determinato o a vantaggio di uno o più beneficiari («*S'agissant de l'institution d'une fiducie “à la française”, une précision me paraît d'abord devoir être apportée: il ne s'agit pas de remédier à la carence du droit français en important “tel quel” le trust anglo-saxon. Une telle option n'est ni envisageable ni souhaitable, tant le trust est marqué par l'empreinte de la common law, système fort éloigné de notre droit, ce dernier puisant ses racines dans le droit romain [...]*». V. Pascal Clément, *Ministre de Justice*, 17.10.2006 <http://www.senat.fr/seances/s200610/s20061017/s20061017005.html>.

Anche se la legge non richiede una forma specifica per la validità, si può ragionevolmente ritenere che si tratti di quella scritta, visto che l'art. 2019 *code civil* stabilisce che il contratto di *fiducie* deve essere registrato entro un mese dalla stipula e che l'art. 2018 *code civil* prevede che, nel medesimo contratto, debbano essere inseriti, a pena di nullità, una serie di elementi (PAPPADÀ, *L'emulazione*, cit. p.8ss).

La fase c) è rappresentata da un successivo intervento, che si colloca nel 2008, cfr. Loi n. 776 du 04.08.08 in JORF, 5.08.08 p. 12471; A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 595-598.

Per effetto della *loi de modernisation de l'économie (LME35)*, anche le persone fisiche possono trasferire beni, diritti o garanzie in *fiducie* e anche gli avvocati possono essere fiduciari (art. 2015 II al. *code civil* e art. 6.2.1 del Regolamento Interno Nazionale della professione (RIN). Quest'ultimo articolo, rubricato “attività di *fiduciaire*”, è stato introdotto con la decisione n. 2009-001 del 24.04.09 (pubblicata in JORF, 12.05.09, p. 7875) presa dal *Conseil National des Barreaux* in applicazione delle disposizioni dell'art. 21-1 della l. n. 71-1130. J. LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 381, J.J. UETTWILLER, *Avocat et fiducie*, in *Droit et patrimoine*, 2009, n. 179, p. 26-30, D. PAPPADÀ, *L'avvocato-fiduciaire*, cit. p. 135-138. Nel 2009 un altro intervento

occidentale, attuando una personale lettura e rivisitazione della tradizione romanistica ⁷ (distaccandosi dai tradizionali canoni della fiducia c.d.

legislativo ha distinto le due finalità che possono essere perseguite con la *fiducie*, fermo restando il divieto di istituire *fiducie-libéralité*: gli articoli 2372 1-5 e 2488 1-5 del code civil hanno stabilito espressamente che la *fiducie* può fungere da garanzia (*sûreté*), oltre che da mezzo di gestione.

Nella fase d) si assiste dal gennaio 2011, all'introduzione nel *code de commerce* della figura dell'*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, ossia di colui il quale voglia esercitare un'attività (professionale, commerciale, agricola ed artigianale), consentendogli di destinare a ciò una massa patrimoniale ben definita (professionale) distinta ed impermeabile rispetto a quella personale, così da preservare da azioni esecutive tutto il suo patrimonio. Circostanza questa che costituisce una misura, per così dire, promozionale nella prospettiva dell'articolazione del patrimonio e della responsabilità codificata dalla *fiducie*; PAPPADA', *L'EIRL*, cit., passim.

⁷ Sia i diritti di *civil law*, che quelli di *common law* nascono da una riflessione compiuta su parametri differenti del diritto romano. E' quindi ravvisabile un portato di diritto romano sia nel sistema continentale, che in quello anglo-americano. Per quanto attiene alla fiducia, è opportuno segnalare che tradizione di diritto romano e tradizione romanistica, in questa sede, maggiormente che in altre, non sono concetti equipollenti. Per tradizione di diritto romano, intendiamo gli istituti riconnessi alla *fiducia*, che dal diritto romano sono stati importati nei sistemi di *common law* o di *civil law*, anche solo a livello di archetipo. Tra questi annoveriamo le c.d. *fiducie mancipatorie*, ovvero i contratti di trasferimento di diritti reali o altri diritti su base fiduciaria e le *fiducie mortis causa*, quali ad esempio il fedecommesso (nelle due forme di fedecommesso universale e di fedecommesso di singole cose).

Per tradizione romanistica, intendiamo, invece, la recezione che dal diritto intermedio in poi, fino ad oggi si è operata degli istituti connessi alla *fiducia*, attraverso l'autonomo apparato categoriale dei sistemi giuridici, che si sono susseguiti nei secoli, che costituiscono un alter rispetto al diritto romano, pur derivandone i presupposti. Pertanto, quando si accede ad una categorizzazione del tipo, fiducia romanistica fiducia germanistica, si fa riferimento, nel primo caso, all'esclusivo *coefficiente mancipatorio* della fiducia, ossia al trasferimento dei beni. Con fiducia romanistica, si intende, pertanto, una fiducia incastonata in un contesto negoziale (anche contrattuale) in cui il fiduciante trasferisce la proprietà di un bene ad un fiduciario (magari richiamando la classificazione di diritto romano *fiducia cum amico e fiducia cum creditore*). Con fiducia germanistica, si intende invece, un'operazione fiduciaria in cui il fiduciario esercita il potere sui beni del fiduciante, non in forza di un trasferimento dominicale, ma in forza di una legittimazione a disporne, conferita in base ad un *pactum fiduciae*. In realtà, questo tipo di legittimazione non era avulso al diritto romano, dato che, già in epoca precedente alla emersione del *mancipium*, costituiva la regola di gestione del c.d. *consortium ercto non cito*. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 1998 XIV ed. C.A.CANNATA, *Fondamenti del Diritto Europeo*, Torino, 2005, p.19ss; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p.25ss. Sul punto vedi Capitolo 2 con ampia letteratura sul tema.

romanistica, contrapposta alla fiducia germanistica, che costituiscono *ius receptum* anche per la dottrina nostrana⁸).

Il lavoro si delinea affrontando, pertanto, delle macro-aree, che costituiscono altrettante *quaestiones iuris*; e segnatamente: 1. *La rilevanza esterna della causa fiduciae nell'ordinamento francese*; 2 *La rilevanza esterna della causa fiduciae nell'ordinamento italiano*. 3 *La separazione patrimoniale*; 4. *Fisiologia e patologia delle operazioni fiduciarie, sia nella prassi che nella codificazione*..

Come avvertenza preliminare, si intende rimarcare che, per esigenze espositive si è ritenuto opportuno, attesa la copiosità della casistica considerata, per una migliore perimetrazione del formante, trattare in versione monografica la prima e la seconda macro tematica. Invece per le macro-tematiche relative ai capitoli 3 e 4, si opterà per una trattazione contestuale, in diritto francese e in diritto italiano. Ciò dovrebbe contribuire a fornire la percezione di un quadro unitario, evitando di segmentare l'esposizione, che, per effetto dei passaggi scrutinati, assume un necessitato carattere trasversale. In modo particolare, la macro-tematica affrontata nel terzo capitolo rivestirà un approccio prevalentemente dogmatico, con rielaborazione sistematica degli istituti, trattati in altra sede, in una prospettiva pratico-operativa.

In via di prima approssimazione, il quadro di indagine può essere così prospettato.

- I. Nel primo capitolo, si cercherà di esplorare l'aspetto più pregnante del negozio fiduciario, ovvero quello della sua rilevanza esterna⁹ con particolare riguardo all'ordinamento

⁸ Ex multis, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, passim.

⁹ Si intende per *rilevanza esterna*, il complesso dei meccanismi accordati dall'ordinamento, per consentire che un'intesa fiduciaria tra due soggetti, improntata a necessari requisiti di riservatezza, se non addirittura di segretezza, persegua dei risultati nei confronti dei terzi, specie se, avendo ad oggetto il trasferimento di diritti dominicali, comporti una necessaria rilevanza *erga omnes*.

francese. Si è scelto, pertanto, di proporre un'impostazione tecnica propria della manualistica d'Oltralpe. La tematica fiducia, non viene infatti indagata, nonostante il carattere istituzionale della Legge sulle Fiducie, ex professo, ma l'analisi dogmatica costituisce un passaggio successivo, rispetto alla ricognizione descrittiva delle fattispecie. Come si avrà modo di spiegare, il negozio fiduciario si presenta in un panorama disaggregato. Si intende, con questa espressione, la contestuale presenza di una pluralità di fattispecie, la cui ermeneusi tiene necessariamente conto dell'avvento della Fiducie. Vi è un prima e un dopo la Legge istitutiva, e pertanto questa scansione temporale condiziona il margine applicativo delle fiducie nominate e innominate. Si darà particolare attenzione alle scelte espositive della manualistica di settore, che prima di procedere ad una catalogazione tra fiducie nominate e innominate, propone la distinzione tra contratti nominati e innominati, tradendo in questo modo, la matrice "ideologica" del Code Civil, che imprime alle tipologie classificatorie, la necessità di operare un controllo causale. Nello specifico: ciò che preme indagare è se vi sia una rilevanza esterna della c.d. *causa fiduciae*, ovvero ,se, attesa la tradizionale partizione tra *causa solvendi causa donandi e causa credendi*, la *causa fiduciae* rivesta una rilevanza autonoma, o altrimenti condizioni l'esplicazione delle operazioni negoziali, assurgendo a mero connotato motivazionale dell'intera attività negoziale¹⁰. Ciò determina, in punto di effettività, delle conseguenze non indifferenti, in quanto, in base alla ricostruzione seguita, si fornisce una diversa spiegazione alle risposte, accordate dall'ordinamento per assicurare il

¹⁰ Come avremo modo di approfondire, nel prosieguo, diverso è il problema della rilevanza esterna del negozio fiduciario, da quello della rilevanza esterna della *causa fiduciae*. Si può dire che il rapporto sia di tipo diairetico, tra *genus e species*. Il tema della rilevanza esterna della *causa fiduciae* attiene, infatti, al grado di condizionabilità, che la causa in oggetto riveste sulla diatesi esplicativa del negozio. In altre parole, ci si interroga se la fiducia afferisca solo all'iter motivazionale, seguito dalle parti che pongono in essere un'operazione negoziale, che riveste invece una coloritura causale specifica.

rispetto/coercibilità della convenzione fiduciaria. Da questo punto di vista, appare diversa la risposta fornita dall'ordinamento italiano, rispetto a quello francese. Il legislatore d'Oltralpe, infatti, reagisce ad una concezione dottrinarica, oggetto per così dire di recezione moribus¹¹, opponendo una codificazione a tempi differenziati del contratto fiduciario. Codificazione problematica, come avremo modo di vedere, a cominciare dalla *sedes materiae* elettiva, ma che però risulta gravida di conseguenze, sul piano sistematico; in via di sintesi: l'emersione della fiducia nominata o legale, rispetto ad una situazione 'brada' di singole fattispecie di fiducie c.d. innominate; l'introduzione di un concetto c.d. parametrico di fiducia legale¹²; l'aspirazione ad un *manare latissime* della fiducia, specie in ambito finanziario, con la sola esclusione della fiducia liberalità. *Nella delineazione della struttura della fiducia, per rendere maggiormente esplicativa la strutturazione dell'ipotesi, si utilizzerà lo schema legale del portage, quale prototipo della fiducie gestion.* Ci si chiederà, a questo riguardo, se il divieto di fiducia liberalità abbia un esclusivo significato negativo-limitativo o dischiuda un ambito positivo, facoltizzando altre ipotesi di operazioni, *latu sensu* fiduciarie, con il rispetto del solo argine garantistico della tutela dei legittimari, cardine del diritto successorio. Ci si chiederà, altresì, se nel panorama nostrano persista solo l'opus dottrinario o se invece le ipotesi tipizzate di fiducia legale costituiscano una chiave interpretativa, per operazioni tipizzate dalla prassi prima dell'avvento di una regolamentazione normativa, come nel caso del *portage* e del *leasing* azionario¹³.

¹¹ Si tratta dalla *c.d. sfiducia per le fiducie* (l'espressione è di GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1908, passim) tradizionalmente ricondotta al Codice Napoleonico, che insieme ad un atteggiamento di sospetto da parte dell'Amministrazione Finanziaria hanno costituito un effetto frenante, rispetto al progetto originario di contratto fiduciario.

¹² Intendiamo con questa espressione che la creazione legislativa del contratto di *fiducie* costituisce, per l'ordinamento francese, l'elaborazione di un parametro discreto per valutare il negozio fiduciario globalmente inteso e reinterpretare le fattispecie preesistenti

¹³ P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.2-16.

Sullo sfondo, rimane la valutazione del grado di recezione della tradizione romanistica, di cui si deve tener conto sia su di un piano tecnico- dogmatico (per analizzare i significanti della fattispecie in oggetto), sia per giustificare le ricostruzioni seguite, alla luce del tracciato fornito dalla bipartizione sistematica tra paesi di *civil law* e di *common law*.

Alla luce del divieto di fiducie liberalitè, si perverrà attraverso l'enunciazione di un'ipotesi ricostruttiva, che verte sul valore referenziale del c.d. concetto di fiducia tecnica, ad esaminare la possibilità di rinvenire, sia nel diritto francese, che in quello nostrano un concetto unitario di negozio fiduciario o per meglio dire di operazione fiduciaria.

- II. Nel secondo capitolo, si affronterà il negozio fiduciario nell'ordinamento italiano, verificando alla luce della rilevanza esterna della *causa fiduciae*, il grado di recezione degli input dottrinali, nella prassi negoziale, per indagare le singole fattispecie riconducibili al formante fiducia. In assenza di una positivizzazione del negozio fiduciario, a differenza dell'ordinamento francese, nel contesto nostrano assume uno spiccato profilo operativo il procedimento di *recezione moribus*.
- III. Nel terzo capitolo, si prenderà in esame il formante *separazione patrimoniale*, indagandolo sotto una duplice angolatura prospettica. Da un lato, si proporrà l'individuazione della separazione, quale strumento di articolazione del patrimonio e, con esso, di creazione di un nuovo tipo di proprietà, la c.d. proprietà fiduciaria.¹⁴ Dall'altro canto, si cercherà di individuare

¹⁴ Se si prova a prendere in considerazione la tesi ricavabile dai lavori preparatori della *fiducie* francese e dalla dottrina francese, che si è occupata di promuovere l'introduzione dell'istituto nell'ordinamento, campeggia l'esigenza, avvertita dai più, di rinvenire uno strumento competitivo o quantomeno surrogabile al trust, per dare impulso al circuito

economico, scongiurando le c.d. delocalizzazioni di capitali, che si stavano perpetrando, attraverso un sempre più massiccio ricorso al trust.

Per esigenze esplicative si tratterà ora, a livello cursorio, il presupposto da cui ci si muove in questa indagine, che è rappresentato dall'individuazione del tratto unificante rappresentato dalla fiducia.

E' necessario, a questo riguardo, recuperare almeno minimamente il valore semantico- pregiuridico del termine. Il richiamo alla fides informa l'immanenza nel rapporto, che viene posto in essere dalle parti, che a questa si richiamano, esplicitando l'esigenza di fare affidamento/affidarsi a una cura reciproca, per un obiettivo.

Si parla di cura reciproca, perché chi pone in essere il rapporto di fiducia, ovvero il fiduciante, deve predisporre un apparato di tal guisa, che consenta al fiduciario di portare a termine il compito, ma al tempo stesso di rimanere indenne da eventuali ricadute economiche negative, che possono originarsi ex facto. Il *peso economico* della relazione non è un *prius* logico e ontologico dell'operazione, ma nel momento in cui si giuridizza il rapporto, e i soggetti assurgono al ruolo di contraenti, diviene un precipitato tecnico di tutta la relazione. La cura, infatti, che viene richiesta al fiduciario è una cura di interessi patrimoniali.

Può allora essere delineata una traiettoria, che principia dalla *fiducia/fides*, passa per il patrimonio e la gestione di questo effettuata dal fiduciario e termina con il beneficiario dell'azione negoziale intrapresa.

E' in altre parole la destinazione di mezzi effettuata dal fiduciante a determinare una gamma di conseguenze, che portano alla creazione di una proprietà fiduciaria, finalizzata ad uno scopo determinato.

Rinviano al prosieguo i caratteri della proprietà fiduciaria, quello che, in questa sede, preme sottolineare è che sia nel negozio fiduciario, che nella *fiducie* e nel trust, la destinazione dei mezzi, che si rivela essere destinazione di patrimoni, è in rapporto di *corrispondenza biunivoca* con la matrice fiduciaria del rapporto. Se c'è fiducia, c'è anche, destinazione di risorse, gestite da un fiduciario, per un fine. Nel *negozio fiduciario* si ha un *pactum fiduciae*, che presentando un carattere obbligatorio, relega il rapporto ad un piano interno. Esso costituisce, pertanto, il criterio di condotta, la regola e l'argine dell'*agere* del fiduciario, in relazione all'oggetto della destinazione. La fiducia, quindi, è *categoria informatrice* del negozio fiduciario, in quanto determina la destinazione patrimoniale. In altre parole, costituisce la causa della destinazione patrimoniale. In seguito si avrà modo di individuare la dottrina che ha elaborato con precisione quale sia la coloritura della causa fiduciaria.

Ora preme invece avanzare l'ipotesi che la fiducia costituisca una causa dotata di *valenza euristica autonoma* e che, invece, il concreto programma attuato attraverso l'operazione intrapresa sia un fattore relegabile all'ambito dei motivi.

Tale costruzione potrebbe risultare compatibile, anche alla luce di *Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in F. it., 2010, I, c. 2799.*, dal momento che è la fiducia a catalizzare la produzione di ogni effetto giuridico della complessa e composita operazione.

Lo stesso discorso può atteggiarsi anche alla *fiducie*.

Ai sensi dell'art. 2011 c.c fr. la *fiducie* è in primo luogo un'operazione, termine più comprensivo, anche su di un profilo negoziale, del termine contratto.

Elemento costitutivo è rappresentato dal trasferimento di beni e diritti, non essendo legalmente possibile alcuna ipotesi di fiducia autodichiarata. In questo caso, è la fiducia a

il *criterio informatore* della proprietà fiduciaria,¹⁵ riconducendolo al concetto di c.d. fiducia tecnica.

Sotto il primo profilo, si proverà a delineare il tracciato comune del diritto continentale, che in Francia, come in Italia, ha determinato la creazione di ipotesi di patrimoni separati e di destinazioni patrimoniali. In Francia, il fenomeno ha per certi versi assunto connotati di una pregnanza particolare, inducendo la c.d. rifrazione del dogma dell'unità patrimoniale.

In Italia, la tematica ha rivestito una coloritura ambivalente: da un lato, si è assistito, infatti, alla preoccupazione di non determinare, surrettiziamente, una alterazione del catalogo dei diritti reali, dall'altro, invece, l'unità patrimoniale è stata sintomatologicamente ricondotta all'unità della responsabilità patrimoniale. Pertanto l'articolazione del patrimonio ha comportato, anche una rifrazione del principio di responsabilità universale del debitore¹⁶.

Sotto il secondo profilo, si è verificata la sussistenza, nel diritto continentale, di un rapporto di corrispondenza biunivoca tra fiducia e separazione patrimoniale, scrutinando se l'operazione

determinare l'effetto reale, che costituisce *requisito normativo*, per individuare un'operazione suscumbibile sotto il *nomen iuris* di *fiducie*.

Se il fiduciante non procede alla destinazione non è integrata la figura tipica.

Sia nel negozio fiduciario, che nella *fiducie*, campeggia un concetto di *fiducia tecnica*, perché solo estrinsecandosi con le modalità tassonomiche previste, dalla *fiducie* francese e solo collocandosi all'interno di un'operazione segmentata, alla stregua di un negozio indiretto, per quanto attiene al negozio fiduciario nostrano, viene integrata l'operazione programmata.

Attingendo alle categorie concettuali comparatistiche, la *fiducia* costituisce un *formante*.

Anche nel mondo anglosassone, il formante così individuato integra il paradigma esplicativo del trust. Con alcune particolarità che *infra* si proverà a delineare sommariamente, sia rispetto all'esperienza francese, che secondo la costruzione del negozio fiduciario ad opera della dottrina nostrana.

¹⁵ Cioè quale sia la fonte della proprietà fiduciaria e come ne sia costituito il contenuto, nonché il rapporto di questa con la separazione patrimoniale.

¹⁶ Da qui una nuova interpretazione dell'art.2740 c.c. che non viene più interpretato come norma di ordine pubblico interno, sul punto ex *multis* BARBERO, *Il sistema del diritto privato* Torino, 1993, p.591.

fiduciaria costituisca sia la causa (intesa come ragione giustificatrice) dell'operazione negoziale intrapresa, sia la c.d. forma a priori di una serie di atti finalizzati a realizzare un'operazione, che rinviene il suo fondamento, nel *committere* all'altrui *fides*, la realizzazione del programma negoziale, con due modalità esplicative concorrenti: una c.d. interna, che attiene alla convenzione a monte, intercorsa tra fiduciante e fiduciario (*pactum fiduciae*), l'altra, con efficacia *erga omnes*, la cui attuazione prevede, quale *instrumentum*, la confezione di una proprietà *sui generis*, la proprietà fiduciaria.

Si indagherà, pertanto, quale sia il margine esplicativo della fiducia, sia come precetto, sia come sanzione e se questa sia in grado di catalizzare la separazione patrimoniale, che sostanzia le ipotesi di proprietà fiduciaria.¹⁷

- IV. Una volta individuato il rapporto tra fiducia e separazione patrimoniale, si analizzeranno alcune fattispecie, che costituiscono delle c.d. figure sintomatiche della diffusività delle operazioni fiduciarie¹⁸.

¹⁷ Si analizzerà cioè la fiducia sia come *contenuto* della convenzione, da cui si origina l'operazione fiduciaria, sia come *criterio di responsabilità* della condotta, tanto del fiduciante quanto del fiduciario. Per quanto attiene al diritto francese, come si avrà modo di spiegare oltre, la struttura del contratto fiduciario, anche per effetto della timidezza del Legislatore, ci consegna un ruolo inedito del fiduciante, che può fisiologicamente intervenire nella gestione del fiducia e che è chiamato ad un titolo di responsabilità sussidiario, in caso di inadempimento del fiduciario nella gestione del patrimonio fiduciario.

¹⁸ Per un inquadramento generale, si veda F. MARELLA, *La lex mercatoria*, in *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F.GALGANO, XXX, Bologna, 2003; ID, *Lex Mercatoria (voce)*, in *Enc. Dir. Aggiornamento V*, Milano 2001, p.721; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A.CICU E F.MESSINEO, Milano, 1995, p.646. Si deve altresì dar conto del fatto che recentemente la problematica dei trasferimenti fiduciari e delle possibili violazioni del patto commissorio è stata oggetto di progetti di 'codificazione' sovranazionale, nella prospettiva di armonizzazione dei mercati, si veda il *Draft of a Common Frame of Reference* ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio (*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*), ma lascia impregiudicate le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima, ipotesi nelle quali il creditore insoddisfatto ha titolo all'appropriazione *dell'asset* per il valore di mercato o di

In ambito francese, l'analisi si concentrerà sull'individuazione dei principali punti di torsione nelle c.d. fattispecie nominate, che campeggiano in ambito finanziario e in modo particolare nel *portage*¹⁹ e nel c.d. leasing azionario. *Incidenter tantum*, per punti di torsione, si intendono, in questa sede, le difficoltà che l'interprete incontra nel discernere il profilo di liceità, da quello di contrarietà a norme imperative o di frode alla legge, al netto di quella dottrina, che pur riconoscendo alla convenzione di *portage* una tipicità sociale (e quindi giuridica)²⁰, riconduce i suoi caratteri di instabilità e temporaneità del patrimonio ai profili dell'intesa simulatoria.

Per quanto attiene alle altre fattispecie nominate o legali, si cercherà di delineare l'archetipo *fiducie* e la progressiva sconversione, che il Legislatore Francese ha compiuto, attraverso gli interventi normativi (di stampo correttivo-emendativi e a tempi differenziati), dalla opzione unitaria del contratto fiduciario, per arrivare alla creazione di due autonome figure di

stima, con obbligo di restituzione dell'eccedenza (DCFR, I, 7:105).. Sul tema G. ALPA, *Il diritto contrattuale comunitario: un cantiere aperto*, in <http://www.consiglionazionaleforense.it>, - Naviga per temi - attività dei consiglieri - art. 6992. V. anche R. TORINO, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in *La cittadinanza europea*, anno IX, 2/2012, Milano, pp.153-173.

¹⁹ T.FORSCHBACH, *Validité des promesses d'achat de droits sociaux au regard de l'interdiction des clauses léonines*, Parigi, 1990, Jurisprudence.p.250; P.SOURMANI, *Le portage d'action*, Parigi, 1996,3; D.SCHMITDT, *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Parigi, 1985; ID. *La convention de portage d'actions ou les opérations fiduciaires*, Parigi, 1985; J.P. BERTREL-M.JEANTIN, *Le portage d'action*, in *R.J.D.A.*, 1991, p.683;J.L. MEDUS, *Conventions de portage et information comptable et financière*, in *Rev. Soc.* 1993, p.509.

²⁰ Per un inquadramento generale della problematica P.BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano 2006, p.449ss; Nello specifico P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, p.2-5; che nel delineare la struttura della convenzione di *portage* riferisce dell'inquadramento della dottrina italiana, che tende a ricondurre la fattispecie a una doppia compravendita, mentre secondo l'A. (*Le operazioni di portage*, cit. p.14-15 e p.14 nt.14) il ricorso ad un negozio fiduciario unitario giustificerebbe il ritrasferimento della proprietà in capo all'ordinante, in linea con la tipicità sociale assunta dal *portage* nel contesto internazionale e con la prassi che ne ha indotto l'impiego nel contesto domestico,

contratto, latamente corrispondenti alla *fiducia cum amico e cum creditore*.²¹

Per quanto attiene, invece, al diritto italiano, non ci si soffermerà sulle specifiche ipotesi di separazione patrimoniale, in cui la valenza fiduciaria si esplica nell'esercizio di una forma di protezione patrimoniale²², ma si analizzeranno delle singole

²¹ F. BARRIÈRE, *La fiducia-sureté*, in *La semaine juridique – édition entreprise et affaire*, 2009, n. 36, p. 18 ; M. QUERE, *La fiducia sûreté plus attractive?* in *Dewey & Lebœuf, Sur la planète finance, février-mars 2009*; *Entretien à A. GOURIO, La fiducia-sureté*, in *Recueil Dalloz*, 2009, n. 28, p. 1944; P. DUPICHOT, *La fiducia-sûreté en pleine lumière*, in *La semaine juridique*, 2009, 14, p. 23-27; P.M. LE CORRE, *La fiducia-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 13, p. 882-883; F.X. LUCAS – M. SENECHAL, *Fiducie vs Sauvegarde*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 1, p. 29-30; R. DAMMANN – G. PODEUR, *Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducia et du gage sans dépossession*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 33, p. 2300-2305 ; A. CERLES, *La fiducia, nouvelle reine des sûretés?* in *Rev. dr. bancaire et financier*, 2007, p. 29-32.

²² Ci si riferisce in modo particolare al trust interno, realizzabile in Italia per effetto della Convenzione de l'Aja, che introduce uno *strumento di separazione/segregazione patrimoniale* concorrente con gli altri presenti nel nostro ordinamento. Il rapporto tra il trust e la *fiducia* non costituirà oggetto della nostra indagine, in quanto si ritiene che il tema sia stato adeguatamente trattato dai contributi specifici, che hanno scrutinato le opzioni in campo, al momento della stesura dei lavori preparatori in sede di Assemblea Nazionale. Sul tema si rinvia a quanto precedentemente segnalato alla nt 6.

Tuttavia va spesa qualche parola sul trust, quale veicolo di operazioni fiduciarie nell'ordinamento italiano e sull'idoneità dell'atto istitutivo di indurre fenomeni di separazione patrimoniale, con le connesse conseguenze in punto di responsabilità. Queste note serviranno come viatico per la trattazione della separazione patrimoniale, intesa come formante, che verrà affrontata nel Capitolo 2, su di un piano strettamente tecnico-dogmatico.

Sul punto vi è una numerosa letteratura S. BARTOLI, *Prime riflessioni sulla modificabilità di un trust*, in *Trust e attività fiduciarie – Quaderni n. 6 a cura di B. DE GUGLIELMI* 2006, pp. 5 e ss. ; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciarie*, Padova, 1933, passim; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, p. 446; U. LA PORTA, *Destinazione dei beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, passim. M.C. MALAGUTI *Il Trust*, in *Atlante Di Diritto Privato Comparato*, V ed., a cura di F. GALGANO, Bologna 2015, pp. 202 – 212. T. ARRIGO, *Le obbligazioni fiduciarie dei trustee nei trust interni*, in *Trust e attività fiduciarie, Quaderni n. 6 Trust: Opinioni a confronto*, a cura di E. BARLA DE GUGLIELMI, 2006, passim; G. ASCHIERI E A. RIGHINI, *Le prospettive per i trusts interni*, *Summa 201, maggio 2004, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XIV legislatura* – disegni di legge e relazioni, documenti d.d.l. 5736-A – Parere della II Commissione Permanente; N. BORZI, *Scoppia La Febbre Del Trust*, In *Il Sole 24 Ore Del 23 Luglio 2005*, Consultabile Sul Sito All'indirizzo [Http://Www.il](http://www.il)

sole24ore.it.; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, passim; R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Rass. Trust e Diritto Privato Co.*, 1998, pp. 33 e ss.; N. CANESSA, *I trust interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano* (con prefazione di M. LUPOI), Milano, 2002, passim; R. CORSELLO, *Il trust in Italia, uno strumento di ingegneria patrimoniale*, in *Hedge*, 2006, passim; G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, passim; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aia*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 644; F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile, (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. del Notariato*, 2001, p. 13. Deve altresì ricordarsi la famosa dialettica intervenuta nel dibattito a distanza tra tre illustri giuristi; v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile cit.*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 11; M. LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1159; F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, pag. 1247; A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee cit.*, p. 644; F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, pag. 1107. 53 La tesi contraria ai trust interni è sostenuta da: L. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, 2001, pp. 123 e ss.; F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato cit.*, pp. 11 e ss.; C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1998, per quanto attiene al tema della separazione patrimoniale e delle operazioni fiduciarie, *latu sensu intese*; si ricorda che in favore dei trust interni per tutti: M. LUPOI, *Il trust*, Milano, 2001, pp. 533 e ss.; L.F. RISSO – D. MURITANO, *Il Trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio, studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato*, in *CNN Notizie* del 22 febbraio 2006. 55 V. M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, p. 467 e ss. In senso critico: F. GALLUZZO, *Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 264, secondo il quale il trust attiverebbe un trasferimento astratto di diritti rivelandosi per ciò stesso "l'ostacolo principale alla piena ammissibilità del trust nel nostro ordinamento". In tema si rinvia a V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 7.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345.

Si consideri per un inquadramento generale del trust nel contesto delle operazioni fiduciarie *latu sensu intese*: U. CARNEVALI, *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, voce *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1990, vol. XX, c. 3. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Milano, 1980, pp. 180-181. 62 ;C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 548., Milano, 1991, pp. 6-10. N. LIPARI *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 278.; U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *AA.VV., Fiducia, mandato, trust e agency*, Milano, 1991, p. 18.; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, p. 195. F. DI CIOMMO, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2003, p. 178.; A. LENER, *Expressio causae e astrazione processuale, Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*, in *Studi in memoria di Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 30. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc.*

dir., XXVIII, Milano, 1978; pp. 52-119; B. TROISI, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 401 e ID., *Negozi giuridico (negozi astratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 174.; R. SACCO, *Negozi astratto*, in *Digesto delle Discipline Provatistiche – sez. civ. –*, Torino, 1995, vol. XII, p. 48.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 421; A. Di MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, c. 78. A. PELLICANO, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, passim; F. Di CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, 1296.

In particolare, sui profili operativi del trust, quale strumento di protezione patrimoniale, attuata mediante la parcellizzazione del patrimonio (e quindi con richiamo diretto alla tematica della segregazione e destinazione di patrimoni), G. TUCCI, *Trust, concorso di creditori e azione revocatoria*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 24; F. DI CIOMMO, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1470; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 133 e ID., *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571.; G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2000, pp. 162 e ss. U. LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7; A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, p. 178.;N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 483; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Milano, 1995, VIII, t. 2, p. 641. G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, Firenze-Pistoia-Prato, 2008, F. GALLUZZO, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione allo scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, c. 92.;F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro It.*, 2004, I, c. 1296; P. SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del notariato*, 2002, n. 7. M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985*, in *Riv. not.*, 1992, p. 966; D.J. HAYTON, *The Law Of Trusts*, Londra, 1993, passim; e G.T. BOGERT, *Trusts*, St. Paul Minn., 1998, pp. 1.ss Sui rapporti tra il trust e le altre forme di destinazione patrimoniale e in primis l'art.2645 ter: M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, pp. 169 e ss. e in *Riv. not.*, 2006, pp. 467 e ss.; A. BUSANI, *Differenze e analogie di due istituti che si intrecciano*, in *Il Sole24Ore del Lunedì del 13 marzo 2006*, pag. 30 e ID., *Il trust trova la regola base*, in *Il Sole24Ore del 9 luglio 2005.*; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 161 e ss. Ai nostri fini risulta particolarmente importante D. MURITANO, *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library.*; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c., quale frammento in trust*, in *Riv. Not.*, 2006, 2, p.468, e in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 124. ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

Ciò che in questa sede preme rimarcare è l'idoneità del trust ad operare fenomeni di *separazione patrimoniale*. In prospettiva, è possibile appaiare il trust con il negozio fiduciario italiano e, al tempo stesso, porre una base di comparazione con il contratto fiduciario francese, che non attinga al criterio della pretesa competitività con il trust, nel contesto dei mercati finanziari e degli scambi internazionali. In altre parole a quella che è una scelta di politica legislativa basata sul peso economico dell'istituto (e cioè sul grado di

attrattività della *fiducie* rispetto al trust) si preferisce riflettere sull'opzione tecnico-dogmatica, che consente alle *fiducie* di operare nel sistema giuridico francese, con risultati analoghi a quelli del trust.

Il *trust*, nel contesto dell'esplicazione dell'autonomia privata, facoltizza l'istituzione di *patrimoni destinati a scopi predeterminati*, consentendo di derogare, in questo modo, al principio di responsabilità patrimoniale universale, per cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri.

Mentre nei c.d. paesi di common law si è dato origine a fenomeni di articolazione del patrimonio intorno all'istituto dei c.d. patrimoni separati, una soluzione analoga è stata perseguita negli ordinamenti di *civil law*, mediante soluzioni di *secondo grado*, quale è la costituzione di soggetti giuridici, distinti dalle persone fisiche, che traducono in atti giuridici l'esigenza di dare *rilevanza autonoma* a tali patrimoni. *L'opzione considerata permette di creare un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici, evitando di procedere all'attribuzione ad uno scopo, ma effettuando un conferimento di mezzi e rapporti ad una persona, che non esiste in natura e che somiglia più ad un interesse preconstituito che ad un soggetto naturalistico*, (così FIMMANO' *Trust e diritto delle imprese in crisi* in [www. Il caso.it](http://www.ilcaso.it); FIMMANO', *Patrimoni Destinati e tutela dei Creditori nella Società Per Azioni, Collana Quaderni di Giur. Comm.*, Milano, 2008, n. 315, passim).

Il trust come operazione fiduciaria può esser analizzato lungo due traiettorie esplicative, una di tipo operativo, attinente ai suoi requisiti strutturali.

Il *trust* non ha infatti natura contrattuale, e non è ascrivibile a quella che ordinariamente viene definita l'area del *contract*, che comporta anche una necessaria indagine in ordine alla *consideration*. Si tratta, invece, di un'operazione negoziale (segnatamente un negozio unilaterale), che richiede l'esistenza di un *settlor*, che compie l'atto di disposizione (e che può riservarsi determinati diritti di ingerenza sul patrimonio), di un *trustee* che ha l'amministrazione dei beni di cui acquista la proprietà vincolata allo scopo. I beneficiari, invece, acquistano il diritto all'intestazione dei beni, al momento dello scioglimento del *trust* e possono vantare diritti agli utili o ad attribuzioni di denaro in pendenza del rapporto, se l'atto di costituzione lo prevede. Essi non vantano semplicemente dei diritti, ma possono esercitare dei poteri nei confronti del trustee, in quanto, essendo il trust per definizione, un trust per i beneficiari, compatibilmente con la legge regolatrice, possono (anche in una situazione conflittuale con il trustee, che persegue le finalità dell'atto istitutivo), ottenere la cessazione anticipata del trust (sulla base del c.d. diritto comune dei trust), attivando la *rule Sanders v. Vautieur*.

Sotto un altro aspetto più congeniale all'indagine che stiamo per compiere, il trust può essere anche considerato una *figura esponenziale delle tecniche di segregazione*: FIMMANO', cit.: i beni che ne costituiscono l'oggetto vengono sono protetti sia dai creditori personali del *trustee*, sia dai creditori del disponente, con il limite rappresentato dal divieto dell'ordinamento di riconoscere trust posti in frode alle ragioni dei creditori. Secondo D. MURITANO, *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato e-library*, cit. è possibile ricondurre sia il trust che altre forme di segregazione, quali quelle realizzate dall'art. 2645ter, alla categoria informativa del negozio di destinazione :,,« Il termine "negozio di destinazione" viene qui utilizzato per designare la specifica ipotesi in cui, per volontà di un soggetto, uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (cioè soggiacciono ad un vincolo di destinazione di tipo "reale" e non meramente obbligatorio) e detto vincolo risulta rafforzato da un meccanismo

di separazione patrimoniale. Tale specifica ipotesi si inserisce nel più ampio fenomeno del cosiddetto "atto di destinazione", il quale comprende gli atti giuridici (di natura negoziale o meno), per effetto del quale dei beni subiscono un vincolo giuridico di tipo finalistico, accompagnato o meno da un meccanismo di separazione patrimoniale»

Affrontando la tematica del trust, in rapporto al contratto di *fiducie*, viene in conto, in primo luogo, il *coefficiente di protezione patrimoniale* che le due operazioni sono in grado di imprimere rispettivamente sui beni in trust e sui beni e diritti trasferiti *ex art. 2011 c.c.fr.*

Genericamente si può, infatti, sostenere che il trust dispieghi *una efficacia protettiva* del patrimonio, che costituisce proprio l'esplicazione del rapporto di natura fiduciaria, che lega il disponente al trustee, e che si attua mediante il trasferimento dei beni. Questo costituisce il modello ordinario di trust. E' possibile anche che il disponente si dichiari trustee di un patrimonio per uno scopo determinato o nell'interesse dei beneficiari, ricorrendo in questo caso il c.d. trust autodichiarato, la cui matrice è rinvenibile in un rapporto fiduciario di tipo statico. Tuttavia questo status del trust autodichiarato è di solito una situazione temporanea, in quanto, nel corso della sua vita, il trust, è destinato a convertirsi in un trust ordinario, quando venga a mancare la coincidenza soggettiva tra disponente e trustee per morte, sopravvenuta incapacità, o semplice sostituzione del disponente/ trustee.

L'attuabilità di una protezione patrimoniale pregnante pone dei problemi di compatibilità di sistema nei c.d. ordinamenti civilistici. La Francia vi rinuncia *ex professo*, in quanto, come verrà nel dettaglio spiegato *infra*, viene attuata una separazione non solo imperfetta, ma con dei connotati sui generis, che la rendono un unicum, nel diritto continentale (i beni in fiducia, possono costituire fonte per attivare la responsabilità patrimoniale del fiduciante, che forzatamente non esce mai di scena, a differenza del disponente di un trust; inoltre non sono ammesse le c.d. fiducie autodichiarate).

E' opportuno però chiedersi se il sistema fiduciario, o in altre parole i meccanismi attivati dal negozio fiduciario, offrano tra le loro prerogative, in Francia come in Italia, una protezione patrimoniale. Ci si chiede in che cosa si sostanzia e se in questa sia ravvisabile una base fiduciaria. Se cioè sia possibile che l'attivazione di meccanismi, canalizzati a costituire una iperprotezione per un soggetto, abbiano delle intersezioni con la fiducia, in primo luogo, e in subordine con quei riverberi patologici, che vengono ricondotti dalla prassi e dalla dottrina alle operazioni fiduciarie, ovvero le intese simulatorie e la frode alla legge.

Per quanto attiene alla realtà nostrana, la ratifica italiana alla Convenzione de L'Aja ha posto come limiti all'operatività dell'istituto soltanto le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria, e tra queste la riserva contenuta nell'art. 15, lettera e), riguardante *la protezione dei creditori in caso di insolvenza* e l'art. 13, che opera come norma di chiusura consentendo di deliberare, a monte, la riconoscibilità di un trust. Di conseguenza, va escluso che attraverso il riconoscimento degli effetti del *trust*, si possa derogare alle norme ed ai principi di ordine pubblico della legge richiamata dalle norme di conflitto del foro.. Se si esce dal perimetro del trust interno (anche se secondo parte della giurisprudenza non si pongono problemi di ammissibilità nel nostro ordinamento), si può ricorrere a tipologie specifiche di *trust*, che proteggono i beni da un attacco indiretto da parte dei creditori del beneficiario. In particolare, nel sistema inglese la *protective* protegge i beni da un attacco indiretto da parte dei creditori del beneficiario, attraverso la sospensione del diritto di quest'ultimo di ricevere i benefici del *trust* al verificarsi di determinati eventi. All'avverarsi di tali eventi, il *trust* diviene discrezionale e l'interesse del

beneficiario una mera aspettativa. L'operatività della clausola in oggetto è, secondo la *common law*, limitata alla percezione dei redditi del trust, ma le legislazioni *off-shore* e segnatamente quella di Jersey, consentono una protezione estesa all'intero trust fund, o secondo l'operatività della clausola, a parte di questo.

Qualora si versi in una ipotesi di liquidazione concorsuale e il beneficiario è anche disponente, esistono tuttavia limiti all'efficacia di questa clausola, che non è infatti opponibile al fallimento (si ritiene di dare ingresso a quella dottrina FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi* cit; Id *Patrimoni destinati* cit. passim, che distingue i *trust* protettivi in senso proprio ed in senso lato. Nel primo caso, si fa riferimento alla categoria del *protective trusts*, che si ha quando l'interesse del beneficiario diviene recessivo al ricorrere di un determinato evento. Si rientra, invece nella seconda ipotesi, quando si predispongono gli *asset protection trusts* ossia i *trust di protezione patrimoniale*, che vengono istituiti allo scopo di prevenire l'accesso dei creditori del disponente ai beni che altrimenti formerebbero oggetto della sua garanzia patrimoniale generica.) La dottrina in commento sostiene che l'istituzione del *trust* è di per sé un atto pianificatorio *neutro*, che infatti nella *common law* si pone ai margini dell'area del *contract*, collocandosi nell'ambito del *law of property* in quanto fonte di una *trust property*, visto che gli effetti traslativi non si fanno rientrare nell'ambito del *contract* ed il trasferimento della proprietà non costituisce di per sé conseguenza del contratto ma esige uno specifico atto tra le parti. Questo aspetto è forse, sul piano dogmatico, quello con maggior pregnanza discrezionale, rispetto al negozio fiduciario con effetti traslativi riconosciuto in Italia e rispetto alla fiducie, atteso che per ottenere riconoscibilità giuridica di questa, come si avrà modo di precisare, è necessario il trasferimento di un bene o di un diritto.

Anche per la fiducie la *sedes materiae* (*Dei modi diversi di acquisto della proprietà*) tradisce una collocazione sistematica inadeguata. Come si potrà osservare, quando si tratterà il tema della proprietà fiduciaria, la base negoziale dell'istituto viene in conto immediatamente, osservando il corpus normativo, che attinge a pieno titolo al diritto dei contratti.

La protezione patrimoniale nostrana presenta delle aree di vulnerazione, rispetto al sistema delle clausole *protective* e dello *spendrift* trust nordamericano. Nel contesto italiano, si può notare che l'atto di costituzione del *fondo patrimoniale*, per il *ius receptum*, è inquadrabile tra gli atti a titolo gratuito e, come tale, soggetto all'azione revocatoria.

Lo stesso discorso può essere esteso al trust, soltanto in caso di dolosa preordinazione da parte del disponente. Ovvero quando il disponente non era in grado di adempiere alle proprie obbligazioni assunte prima del trasferimento dei beni in *trust* o anche a quelle assunte dopo, se l'atto dispositivo era *dolosamente preordinato*. In tale prospettiva, per valutare l'eventuale consapevolezza o la partecipazione alla dolosa preordinazione da parte del terzo, presupposti richiesti per la revocabilità in via ordinaria degli atti onerosi (art. 2901, comma 1°, n. 2, c.c) e. c.d. il requisito psicologico della revocatoria fallimentare (art. 67 l.fall.), bisogna fare riferimento al beneficiario del *trust* (FIMMANÒ, cit.).

Si può allora sostenere che il *trust* in funzione *protettiva* realizza, mediante un rapporto di natura fiduciaria, un trasferimento o una destinazione di proprietà di beni, a cui è connesso l'obbligo del *trustee* (che ne diventa titolare legale a tutti gli effetti anche se rimangono segregati nel suo patrimonio) di eseguire le disposizioni del *settlor* a vantaggio del *beneficiary*, talora sotto la supervisione di uno o più *protectors*, ed a cui è collegato il diritto del beneficiario di esigere tale prestazione. Questa tipologia intrusiva di protezione

patrimoniale genera un contrasto con la nozione di patrimonio riconosciuta dal Codice civile a più titoli.

Si possono evidenziare delle conflittualità sul piano dogmatico, in quanto il nostro diritto propende per una concentrazione del contenuto del diritto di proprietà in capo ad un medesimo titolare. Il limite a questa concentrazione è rappresentato dalla possibilità di articolare i patrimoni per espressa previsione legislativa

. In primis il nostro diritto di proprietà è costruito assommando in capo al medesimo soggetto titolare, tutte le facoltà di godimento, di gestione e di disposizione dei beni e quindi il *trust*, generando uno *sdoppiamento* del diritto (*dual ownership*), o meglio una dissociazione tra proprietà e controllo, andrebbe considerato una sorta di diritto reale *atipico*.

In secondo luogo, la costituzione di patrimoni separati richiede un' espressa disposizione normativa, per evitare le maglie del divieto di articolare la responsabilità patrimoniale ex art. 2740 (c.d. principio della responsabilità patrimoniale generale del debitore). Tale impostazione è tributaria del Code Napoleone, che ci consegna una nozione di proprietà, come emanazione della personalità, con i relativi corollari dell'unicità e della indivisibilità, da un lato, e dell'impossibilità di individuare l'appartenenza di più patrimoni in capo al medesimo individuo dall'altro. Tale sistema governa e tutela dall'esterno il buon funzionamento del rapporto obbligatorio, garantendo, in punto di effettività, che a fronte di inerzia o dolo del debitore tutti i suoi beni risultino esposti all'azione esecutiva.

L'effetto segregativo, nel nostro ordinamento è pertanto ricondotto ad una previsione espressa di legge. Ciò permette di cogliere un primo risultato in ordine alla produzione degli effetti segregativi negli ordinamenti civilistici e in quello anglosassone. La separazione nel nostro ordinamento si muove nel contesto di un tracciato normativo con modalità e gradazione espressamente previsti dalla legge.

Al contrario, la separazione dei beni oggetto di *trust* rispetto al patrimonio del *trustee* è prodotto di un atto di autonomia privata.

Come del resto si può osservare in Francia in cui la legge 2007 sulle fiducie ha determinato l'emersione della c.d. fiducia nominata, rispetto alle singole fattispecie delle fiducie c.d. innominate, individuandone la fonte nel contratto o nella legge. Parte della dottrina giustifica l'applicabilità della disciplina specifica del *trust*, ricorrendo all'*analogia della separazione da questo prodotta con altre ipotesi segregative già presenti e operative nell'ordinamento*. ROTA –BIASINI, *Il trust e gli istituti affini*, Milano, 2007, passim. In verità questo procedimento di assimilazione empirica non dischiude un apprezzabile effetto euristico: le ipotesi segregative già in atto sono di valenza univoca, ovvero realizzano solo gli interessi e gli obiettivi normativamente previsti. Nel caso del *trust*, la segregazione è virtualmente asservita a scopi eterogenei, che rinvengono la propria *forma a priori* solo nell'atto istitutivo. Sul punto più diffusamente, oltre al già citato FIMMANO' che ha approfondito in modo particolare la concorrenza tra i patrimoni separati nelle Società per Azioni e il *trust* (come strumento in grado di realizzare obiettivi analoghi, mediante però il ricorso a risorse differenti, ed evidenziando una maggiore duttilità del *trust* interno a svolgere lo smobilizzo di capitali in funzione di finanziamento dell'impresa), F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001. A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2008, 5, p. 997. C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 451. In tema di destinazione patrimoniale e art.2645 ter A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione*

cit., p. 993..G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ., Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006*, in www.scuoladnotariatodellalombardia.org., A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 38 e ss. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 545 e ss.

Prima di accennare alle altre ipotesi segregative presenti nel nostro ordinamento anticipiamo il contributo di quella dottrina, che verrà esaminata infra, che propende per individuare la possibile “combinazione” dell’atto di destinazione col regime del negozio fiduciario, come espressione dell’autonomia contrattuale delle parti. Si veda A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione* cit., p. 1001, in cui è delineata la possibilità di “ (...) concludere un contratto fiduciario cui venga collegato un atto di destinazione (del fiduciante)”. Secondo SCIANCALEPORE, *L'Italia si conferma un ordinamento no trust*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it, p.37, nt.94, la tesi in commento prospetterebbe ‘ una combinazione negoziale, prossima alla commistione, laddove vige la sintesi tra la destinazione patrimoniale e l’attribuzione fiduciaria; nella misura in cui quest’ultima farà capo ad un fiduciario, il quale provvederà alla gestione dei beni affinché si attui lo scopo solidale - di cui all’atto di destinazione.’ In modo particolare in questa sede preme accennare al concetto di *fiducia rinforzata*, in quanto empiricamente assimilabile, a nostro avviso, all’effetto di segregazione indotto da un’operazione fiduciaria, realizzata per il tramite del trust interno. LUMINOSO segnatamente rileva che la combinazione (id est commistione) “(...) determina un rafforzamento della posizione del beneficiario verso l’esterno, nei confronti cioè dei terzi; (...) dando vita ad un modello (non legale) di “fiducia rinforzata”, inedito nella sistematica del negozio fiduciario italiano. Secondo l’orientamento in questa sede condiviso, sarebbe il negozio fiduciario, istituto di creazione dottrinale, il formante con cui rapportarsi al *trust*, per effetto della comune *causa fiduciae*, che catalizza l’effetto reale o attributivo. Non risulta essere un rilievo ostativo il fatto che la posizione del fiduciante e del beneficiario del trust non siano oggettivamente convergenti, in quanto la difformità di tutela risiede, non nella dimensione fiduciaria del rapporto, bensì nel profilo attuativo (l’uscita di scena del disponente, trasferisce progressivamente le potestà dominicali in capo a quei soggetti che diventeranno titolari pieni al momento della cessazione del trust). L’attribuzione effettuata dal fiduciante induce una sua spogliazione, mitigata solo dal *pactum fiduciae*. Se assicurata la coercibilità del *pactum*, anche la spogliazione è reversibile. E a questo riguardo il concetto di fiducia rinforzata, prodotto di combinazioni negoziali usualmente ricorrenti, nella gestione di un’operazione fiduciaria complessa (composta cioè da più atti teleologicamente orientati a realizzare un interesse del fiduciante) ne costituisce una controprova.

CONTRA: SCIANCALEPORE, cit. p.37, nt.94, secondo cui ‘ anche la “fiducia rinforzata” non permette accostamenti al trust.’

Quanto alle residue ipotesi di separazione nel nostro ordinamento, per quanto qui possa occorrere, si segnala il *fondo patrimoniale*, costituito ad opera di uno o di entrambi i coniugi, per atto pubblico, oppure da un terzo anche per testamento, per sopperire ai bisogni della famiglia (art. 167 c.c.), che, a differenza del *trust*, non realizza una separazione perfetta dei beni conferiti. Il fondo sconta, altresì, alcune limitazioni genetiche, in quanto è utilizzabile solo nel contesto della famiglia e sottoposto a vincoli normativi quanto alla natura dei beni conferibili, alla libertà di alienarli e alla durata. Al contrario, nel *trust*,

fattispecie, in cui si comprendono le problematiche di maggior
pregnanza tecnico- giuridica, in tema di operazioni fiduciarie e
segnatamente : *Il portage; Il leasing azionario e le opzioni put
and call; la dinamica dei patti parasociali*²³; *il mandato senza*

qualsiasi bene può essere oggetto di conferimento nel trust fund; il *trustee* può venderli per esigenze di gestione; il disponente è libero di fissare le modalità di cessazione del rapporto.

Discorso a parte merita il *mandato senza rappresentanza*, oggetto di specifica trattazione infra, negozio in cui il mandatario deve compiere un atto ulteriore, perché si produca in capo al mandante un effetto traslativo dei diritti acquistati in nome proprio dallo stesso mandatario. Nel *trust*, invece, l'attività del *trustee* è riferibile, senza che vi sia la necessità di compiere altre attività, al *beneficiary*, in quanto anch'esso proprietario. Il mandante può rivendicare la cosa acquistata per suo conto dal mandatario in nome proprio, solo se si tratta di cosa mobile (art. 1706, comma 1, c.c.). Invece, se l'acquisto ha per oggetto un immobile o un mobile registrato, poiché il mandatario ha l'obbligo di ritrasferirlo al mandante (art. 1706, comma 2, c.c.), è di conseguenza il mandatario stesso a diventarne proprietario, in seguito all'acquisto da lui compiuto in nome proprio.

Infine un cenno ai già citati *patrimoni destinati della S.p.a.*, che presentano una propria cifra discreta rispetto al trust, dal momento che, in questo, la segregazione dei beni avviene non nel patrimonio dal quale vengono distaccati, ma in quello del soggetto terzo cui sono trasferiti. Ed i beni trasferiti, pur essendo nella disponibilità del fiduciario, non sono suoi. La limitazione che attiene al diritto conferito non riguarda il suo contenuto, ma le modalità di esercizio di questo. La condotta deve essere teleologicamente orientata al soddisfacimento degli interessi dei beneficiari. Nei patrimoni destinati, è la società, nell'esercizio della sua discrezionalità, che determina l'an della limitazione della responsabilità, consentendo anche l'articolazione di una responsabilità sussidiaria su base convenzionale del patrimonio generale, per le obbligazioni delle singole *cellule*. La segregazione diviene operativa solo con il rispetto, tanto in fase genetica quanto in quella esecutiva, degli oneri informativi previsti dalla legge e la responsabilità non derivi da fatti illeciti *od abuso della separazione* (art. 2447 *ter*, lettera c, c.c.). La sanzione prevista è la cessazione del beneficio della separazione (il c.d. *piercing the veil*).

In Francia, vedi nt.6 da gennaio 2011, è stata introdotta *nel code de commerce la figura dell'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ossia di colui il quale voglia esercitare un'attività professionale.*

Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (art. 2284 code civil). Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence (art. 2285 code civil). L'EIRL pareva aver riaperto la sopita polemica nella dottrina d'Oltralpe, circa le forme di surrettizia introduzione nell'ordinamento di forme di separazione patrimoniale, che invalidando il principio dell'unità patrimoniale, di fatto alterano il catalogo dei diritti dominicali. M. MEKKI, *Le patrimoine aujourd'hui*, in *La semaine juridique*, 2011, p. 1258 e ss.

²³ Per ragioni di economia del discorso non si farà riferimento ad un altro settore trasversale, in tema di operazioni fiduciarie nel contesto societario ,ovvero quello delle fondazioni fiduciarie. Sul punto, ex multis SCIANCALEPORE, *L'Italia*, cit. p.18 nt.44

rappresentanza; la tutela delle ragioni del mandante e la coercibilità del pactum fiduciae. Nell'analisi si terrà debitamente conto dell'individuazione dei profili patologici riconnessi alle fattispecie considerate.

Nell'ordinamento francese, sull'opera di codificazione della fiducie e sulla progressiva differenziazione tra fiducie nominate e innominate, campeggia la preoccupazione dell'Amministrazione Finanziaria di scoraggiare le operazioni

,ROTA BIASINI, *Il trust* cit. passim, in ordine ai caratteri di questi enti che possono essere costituiti tanto per atto tra vivi che *mortis causa* e presentano un vincolo di destinazione, che viene impresso dal costituente sui beni oggetto di trasferimento in favore della fondazione e di riverbero in favore dei soggetti che la compongono (le cui facoltà di godimento e di disposizione sono per effetto del suddetto vincolo limitate agli atti indispensabili alla realizzazione dello scopo della fondazione). Quanto alle fonti normative deve farsi riferimento agli artt. 32 e 699 del cod. civ. Non si farà altresì specifico riferimento, se non in rapporto alle operazioni di *portage*, *riporto* e *leasing azionario*, alle c.d. società che gestiscono i servizi di investimento, che derivano la loro disciplina da leggi speciali, dec. legisl., 23 luglio 1996, n. 415, in tema di 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, in G.U., 9 agosto 1996, n. 186 – suppl. ordinario n. 13; al decreto 13 agosto 2010, n. 141, rubricato Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, in G.U. n. 207 del 4 settembre 2010 - Suppl. Ordinario n. 212. Scopo sociale di queste società è ottenere l'affidamento di titoli al fine di amministrarli, assumendo l'amministrazione di titoli per conto di terzi soggetti, divenendone intestatarie, senza che però l'affidante cessi di essere effettivo titolare degli stessi. Il risultato dell'intera operazione si compendia nella 'produzione' di una proprietà fiduciaria sui titoli, i quali non saranno così aggredibili, né da parte dei creditori dell'affidante, ma neanche da eventuali creditori della società affidataria, non essendo essa titolare esclusiva degli stessi.

Anche in questo contesto si assiste ad una separazione patrimoniale su base fiduciaria o ad una *fiducia c.d. rinforzata*, per effetto non di un atto di autonomia privata facoltizzato dall'ordinamento ex art. 1322 c.c., ma in forza di precisione legislativa espressa che prevede l'attivazione di stringenti controlli verso tali società, che si presentano ai terzi proprio come fiduciarie.

Nelle società di gestione di fondi comuni di investimento mobiliare, invece, i titoli che costituiscono il fondo comune appartengono collettivamente alla massa degli investitori, i quali sono proprietari "in comune". Si tratta invero di una situazione dominicale, che non accorda nessuna posizione rispetto ai titoli, dal momento che gli investitori non avranno alcun potere né di disposizione né di amministrazione, spettando queste facoltà tutte alla società di gestione.

elusive. Tale preoccupazione giunge fino al parossismo di determinare non solo il condizionamento delle opzioni legislative praticate, ma il contenuto delle stesse opzioni, finendo per limitare l'operatività di istituti come la *fiducie suretè*.

Si analizzerà il controverso rapporto delle operazioni di *portage* con la simulazione e con le intestazioni fittizie²⁴.

Per quanto attiene, nello specifico, al contratto fiduciario nominato, si analizzerà il titolo di responsabilità dei contraenti, alla luce dell'inedita tipologia di proprietà fiduciaria, costituita per il tramite del trasferimento di beni o diritti.

Nel contesto nostrano, dopo aver valutato le implicazioni delle operazioni fiduciarie nel c.d. diritto dei mercati finanziari (implicazioni del resto già scandagliate dalla dottrina d'Oltralpe in tema di convenzioni di *portage*), si farà la cernita degli arresti di legittimità salienti, che hanno connotato l'*an* e il *quantum* di

²⁴ Sulla simulazione nella dottrina italiana, si veda F.FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma 1922; G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1907 I, p.393 ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1984 V, p.69; S.PUGLIATTI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, ora in *Diritto Civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, 1951.; S.ROMANO, *Contributo esegetico alla teoria della simulazione*, in *RTPC*, 1954, I, p.46; A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957; N.DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960; N.VALENTE, *Nuovi profili della simulazione della fiducia*, Milano, 1961; F.MARANI, *La simulazione nei negozi unilaterali*, Padova, 1971; A. GAMBARO, *Revocatoria fallimentare e simulazione del prezzo*, in *Riv. Dir. Comm.*1979,II; M. BRONZINI, *Caratteristiche e prove della simulazione* in *AC*, 1984; M. MUTI, *La simulazione del contratto nel sistema di diritto civile*, Milano, 1986; A. PELLICANO', *Il problema della simulazione dei contratti*, Padova, 1988; C.CERONI, *Autonomia privata e simulazione*; Padova, 1990; L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990;P. CASELLA, *Simulazione (diritto privato)* (voce),in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, p.593; G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; R. SACCO, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv.dir.proc.*1994, p.652.

In particolare viene evidenziato il rapporto dialettico con la fiducia: U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla riservatezza alla trasparenza*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 1996, p.86; A. GENTILI, *Il contratto simulato*, Napoli, 1979, p.323; F.FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti N. Scialoja*, Roma, 1905, p.56; P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p.13. C.GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv dir Comm*, 1936, p.548; F.GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2006; F.DI MAJO, *Società fiduciaria e contratto fiduciario*, Milano, 1977, p.23; ID, *Diritto agli utili e intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 2001, p.974.

effettività del negozio fiduciario e in modo particolare del *pactum fiduciae*.

In particolare: si cercherà di perimetrare le soluzioni consentite dall'ordinamento, per portare ad esecuzione la convenzione fiduciaria, qualora il fiduciario sia recalcitrante, saldando in questo modo la dottrina delle Corti, con la tematica che ha costituito l'incipit del nostro lavoro e che è rappresentata dalla c.d. rilevanza esterna della causa *fiduciae*. Si osserverà in altre parole, in che modo la giurisprudenza di legittimità e quella pretoria hanno dato concreta efficacia operativa al *pactum fiduciae*; quale ricostruzione le Corti abbiano abbracciato per giustificare le proprie scelte, sia in ambito civilistico che in ambito societario.

Mentre per il diritto francese che è giunto, anche se in fasi differenziate, ad un'opera di codificazione della fiducie, è necessario approfondire in alcuni passaggi i profili *de iure condendo* (attesa la posizione estremamente critica di parte della dottrina circa l'introduzione di una *fiducie* confezionata secondo i parametri che si andranno a delineare), per ragioni di economia del discorso, si tralascerà l'analisi dei tentativi nostrani di codificazione²⁵,

²⁵ Anche in Italia, il progetto di legge avente ad oggetto la fiducia delineava un nuovo contratto (la cui disciplina sarebbe stata collocata all'interno del codice immediatamente dopo quella del mandato cui la fiducia è assimilata: cfr. pag. 29 allegato allo schema di legge comunitaria 2010 in cui si legge che "l'art. 10 conferisce delega al Governo per integrare la disciplina del contratto di mandato con la nuova figura del contratto di fiducia"). La fiducia sarebbe dovuta essere "*il 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 determinabili*" (A.S. 2322 "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010". V. l. 217 del 15.12.2011 in G.U. 02.01.2011 n. 1. L'art. 12 del disegno di legge "Delega al Governo per la disciplina della fiducia" approvato dal Senato il 02.02.2011 è stato soppresso dalla Camera il 26.07.2011.)

. Era inoltre espresso il richiamo alla *fiducie* ma si trattava solo di un addentellato formale, in quanto la disciplina nostrana presentava tratti peculiari non importati (V., tra le linee guida dello schema di disegno di legge comunitaria 2010, la lett. c) dell'art. 10 c. 6 "prevedere, quali effetti del contratto, la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti e i beni"). In particolare risultavano elementi differenziali, rispetto

essendo allo stato interrotti, ed oggetto solo di elaborazione prasseologica da parte del diritto notarile, seppur confortato da Autorevole dottrina.

all'esperienza francese: la posizione del fiduciario che si surroga, mentre diviene proprietario secondo il legislatore francese; l'ammissibilità della fiducia con finalità liberali; l'intento di attivare la separazione patrimoniale piena; la possibilità di istituire la fiducia in via testamentaria (cfr. pag. 10 allegato allo schema di legge comunitaria 2010). 90 V. nota n. 13.

Quanto al riconoscimento del trust in Francia, persiste la *vexata quaestio*, dal momento che la Francia ha ratificato la Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985, ma non ne ha mai disposto l'entrata in vigore. L'approvazione della disciplina della *fiducie* ha di fatto costituito un deterrente all'introduzione del trust nel sistema; si veda: «*Il convient en effet de veiller à ce qu'une telle ratification n'emporte pas reconnaissance en France, sans aucun contrôle, de patrimoine d'affectation, créés selon un droit étranger, qui échapperaient aux mesures de transparence imposte aux fiducies françaises et qui pourraient ainsi concurrencer sérieusement cette nouvelle institution*». *Réponse du ministère de la Justice*, JO Senat, 24.01.08, p. 160.cfr. sul punto, P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, in *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 89 e ss. e C. DENEUVILLE, *La réception en France des fiducies étrangères, avancée ou recul?*, ivi, p. 51 e ss. 92 M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001. 93 M. LUPOI, *Trust and confidence*, L.Q.R., 125, 2009, p. 253 e ss. 94 F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-imagining the trust. Trusts in civil law*, Cambridge, 2012, p. 222 e ss. V. nota n. 32-33-34.

CAPITOLO I

LA RILEVANZA ESTERNA DELLA CAUSA FIDUCIAE NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

SEZIONE I

IL PANORAMA DISAGGREGATO DELLE FATTISPECIE FIDUCIARIE PRIMA DELL'AVVENTO DELLA FIDUCIE

A) LE OPERAZIONI FIDUCIARIE E LA ROTTURA DELLA
TRADIZIONALE DICOTOMIA TRA CONTRATTI NOMINATI E
INNOMINATI

**UN CONTRATTO INNOMMÉ QUALE IPOTESI LIMITE : IL
PORTAGE ²⁶ COME PROTOTIPO DELLE C.D. FIDUCIE
GESTIONE**

²⁶La letteratura francese sul tema è costituita da ARMAND (F.), *Le portage de titres in Financement des entreprises et droit des obligations*, P.U.A.M., 1993, p. 55 ; BA BADIANG (B.), *Réflexions sur les conventions de portage*, Les Petites Affiches, 19 janvier 2001, n° 14, p. 4 ; BERTREL (J.-P.), *Analyse des conventions de portage*, Droit & Patrimoine, septembre 1995, p. 38 ; *Portage de droits sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995 ; *Régime des conventions de portage*, Droit & Patrimoine, octobre 1995, p. 40 ; BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.), *Le portage d'actions*, R.J.D.A., 1991, p. 683 ; BORNET (J.-P.), *Portage, le point de vue d'un banquier in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 117 ; COLLART DUTILLEUL (F.), *La durée des promesses de contrat*, R.D.C., 2004, p. 15 ; CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 248, préface de GOBERT (M.), L.G.D.J., 1995 ; DEVEZE (J.), COURET (A.) et HIRIGOYEN (G.), *Lamy Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 1134 et s., p. 672 et s. ; GENTILI (C.), *Les transferts momentanés de titres*, Thèse Lyon, 1996 ; JEANTIN (M.), *Conventions de portage et droit des sociétés in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 122 ; GIRARD (P.-M. de) et PASCAUD (C.-A.), *Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines*, R.D.C., 1^{er} juillet 2007, n° 3, p. 955 ; LEDOUBLE (D.), *Droit comptable*, J.C.P. éd. E., 1995, I, 437 ; LEHERISSEL (H.), *Aspects fiscaux in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 129 ; LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC (L.), L.G.D.J., 1997 ; LUCAS (F.-X.), *Conventions de portage*, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128 ; MEDUS (J.-L.), *Conventions de portage et information comptable et financière*, Rev. Soc., 1993, p. 509 ; MOUSSERON (J.-M.), *Les devenir des conventions de portage in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 131 ; NAFTALSKI (F.), POITRINAL (F.-D.) et PAROT (J.-C.), *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 33, p. 1 ; PEGUET (P.) et FRANCOISMARSAL (H.), *Fiducie et portage, quelques remarques complémentaires*, Banque et droit, 1991, n° 16, p. 64 ;

1) IL CONTESTO DOGMATICO- NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Come abbiamo avuto modo di precisare supra è nostra intenzione fornire un quadro delle opzioni disaggregate di fiducia presenti all' interno dell'ordinamento francese, prima dell'avvento della *fiducie*.

Si parla di opzione disaggregata, in quanto le casistiche, presenti prima dell'avvento della *fiducie*, fanno capo a singole fattispecie fiduciarie che presentano solo alcuni elementi di contiguità strutturale tra di loro; elementi riconducibili prevalentemente al concetto di c.d. *fiducia tecnica*, che analizzeremo nel prosieguo e che non partecipano invece di uno degli attributi qualificanti della *fiducie*, che è rappresentato dalla c.d. separazione patrimoniale, presupposto per la creazione della proprietà fiduciaria.

La manualistica francese, prima di introdurre la dicotomia *fiducia nomme e innomme*, presenta, a monte, una classificazione dogmatica tra contratti nominati e innominati e contratti *sui generis*.

La funzione di questa classificazione risiede in questo.

Ci chiediamo, in altre parole, fino a che punto la consapevolezza del legislatore abbia recepito le istanze presenti nell'ordinamento, al netto della tendenza livellatrice di matrice napoleonica, che riconducendo le attribuzioni patrimoniali ad un necessitato controllo causale, determinava ex se la squalifica del negozio fiduciario dal diritto positivo.

Questa dicotomia classificatoria introduce, altresì, un'altra problematica tecnica, che attiene al profilo funzionale-operativo degli istituti di riferimento, ovvero l'adattamento delle strutture civilistiche all' esecuzione di programmi aventi natura prettamente finanziaria, elaborati dalla prassi e fuori dall'ambito applicativo di questi contratti.

La dottrina francese (in buona parte seguita anche da quella italiana) si esprime nel termine di *contratti civili e contratti finanziari*. Nel nostro lavoro, a scopo prettamente esplicativo e per ricostruire l'unità del formante

POLLAUD-DULLIAN (F.), *L'actionnaire dans les opérations de portage*, Rev. Soc., 1999, p. 765 ; PRAT (S.), *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Thèse, préface de VIANDIER (A.), Litec, 1992 ; *Conventions de portage et droit boursier in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 126 ; PRIEUR (J.), *Opérations de portage*, Dictionnaire Joly, Bourse et produits financiers, 1994-2 ; RAVELET (M.), *Les conventions de portage*, Les Petites Affiches, 18 mars 1991, n° 33, p. 4 ; REINHARD (Y.), *Exécution en nature des pactes d'actionnaires*, R.D.C., 2005, p. 115 ; SCHMIDT (D.), *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 29 ; SOUMRANI (P.), *Le portage d'actions*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 260, préface de OPPETIT (B.), L.G.D.J., 1996 ; TREILLE (B.), *Les conventions de portage*, Rev. Soc., 1997, p. 721.

fiducia, parleremo di contratti di natura civilistica e contratti innominati con funzione finanziaria.

Non si tratta semplicemente di un'opzione classificatoria.

Il problema dell'adattamento degli strumenti civilistici ad un perimetro applicativo non tradizionale e la creazione dei contratti innominati si riflette sulle strutture che l'ordinamento predispone per realizzare delle finalità lecite, ma non espressamente positivizzate.

In particolare: nel nostro caso la finalità è quella della realizzazione di operazioni fiduciarie *strictu sensu*, oppure dell'introduzione di operazioni fiduciarie, *latu sensu* intese, in un contesto come quello finanziario, in cui i rapporti civilistici si intersecano con quelli societari.

Infatti, chi pone in essere operazioni di questo tenore è tenuto al rispetto di norme imperative, sia di stampo prettamente civilistico, sia di ambito societario, dato il riverbero, che esse possono rivestire, nell'indurre un mutamento della compagine sociale o nell'alterazione del capitale sociale.

Devono pertanto, a nostro avviso, essere indagati i seguenti profili:

- *Il profilo del controllo causale, da parte dell'ordinamento, nella funzione di adattamento dei contratti di stampo civilistico, alla realizzazione di interessi fiduciari.*
- *La struttura causale dei contratti innominati, per verificare se nell'assolvimento di programmi negoziali di impostazione prettamente finanziaria, si possa denunciare l'emersione di una causa fiduciae, con rilevanza esterna.*
- *La diversità delle soluzioni approntate dall'ordinamento italiano rispetto a quello francese. Ciò è tanto più dirimente, dal momento che il nostro ordinamento risulta essere privo di una positivizzazione espressa del negozio fiduciario, che resta, pertanto, affidato all'elaborazione dottrinale e prasseologica (nonostante la presenza di fattispecie isolate normativamente riconosciute e consacrate dalla prassi), mentre quello francese ha proceduto ad un intervento legislativo, che a più riprese ha codificato un contratto fiduciario, che apparentemente copre una quota rilevante delle operazioni fiduciarie possibili. Abbiamo detto *apparentemente*, perché, come avremo modo di verificare, l'introduzione della *fiducie* non ha determinato soltanto una codificazione, ma ha, altresì, determinato una riconsiderazione delle fattispecie presenti, nonché dell'idoneità strutturale dei contratti innominati ad assolvere programmi negoziali a contenuto fiduciario.*

2)IL CARATTERE SUI GENERIS DEL PORTAGE COME CONTRAT INNOMMÉ

§1Lo schema definitorio

Il portage può essere considerato un contratto innominato, *sui generis*²⁷, dal momento che il suo terreno di elezione e di applicazione è rappresentato dalla prassi bancaria e finanziaria²⁸.

Compare nella scena finanziaria francese intorno al 1950, nelle attività riguardanti *les Sociétés de Développement Régional*, il cui ruolo consisteva nel tentativo di fornire un elemento propulsivo, per favorire gli investimenti nelle regioni economicamente depresse. Il portage serviva, pertanto, quale strumento di approvvigionamento di risorse, per permettere gli investimenti per le società situate in queste regioni. Nello specifico, l'operazione era accessiva alla vendita, a scopo di finanziamento; più precisamente alla vendita a termine dei titoli della S.D.R. In seguito, dato il successo dell'operazione, si assiste ad un progressivo impiego dello strumento, con applicazione generalizzata per gli altri modelli societari convenzionali, che necessitavano di finanziamento²⁹

²⁷ *On dit d'une institution, d'un contrat ou d'une situation juridique qu'elle est sui generis quand elle n'est réductible à aucune catégorie préexistante ; elle constitue alors, à elle seule, une espèce nouvelle* » : ROLAND H. et BOYER L., *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, éd. L'Hermès, 1979

L'A. ricollega il carattere *sui generis* del portage alla circostanza che questa struttura negoziale non sia riconducibile a nessun schema legale preesistente.

In particolare, viene ad evidenziarsi l'emersione della struttura (rectius: dello schema legale) da una serie di prassi prevalentemente bancarie e finanziarie, che connotano, sin da subito una eterogeneità delle funzioni, che possono essere assolte, con questo strumento.

Ciò, a nostro avviso, non vuol dire che la riconducibilità ad uno schema legale determinato sia inibita. Si tratta solo di verificare che il *nomen iuris*, portage copre una serie di attività negoziali, che presentano delle coloriture causali eterogenee.

²⁸ ARMAND F., *Le portage de titres in Financement des entreprises et droit des obligations*, P.U.A.M., 1993, p. 55.

²⁹ Nonostante il portage venga a collocarsi in un contesto variegato, mantiene sempre una sua specificità, anch'essa sintomatica del carattere *sui generis*.

Il contesto variegato è rappresentato dai seguenti fattori, che nel corso del lavoro provvederemo a sviluppare, a vario titolo:

- I. Il portage costituisce una forma di fiducia, precisamente l'archetipo delle fiducie gestione, che va collocarsi in un perimetro, in cui campeggiano le fiducie innominate e il nuovo contratto fiduciario (la c.d. *fiducie*);

-
- II. Come negozio fiduciario, il portage presenta profili di intersezione con le fiducie innominate e con la *fiducie*, ritagliandosi, a seconda dei casi spazi di contiguità, concorrenza o sovrapposizione;
 - III. Nel contesto dei contratti finanziari, presenta una specificità, ascrivibile all'ambivalenza causale e alla duttilità formale, che determina in dottrina la necessità di scrutinare eventuali profili di compatibilità, sia con le norme civilistiche, che con quelle di diritto societario.

Con il termine portage, si tende, dunque, ad identificare nella prassi degli affari, un'operazione nella quale sulla base di un'apposita convenzione negoziale, una parte detta porteur, su impulso e nell'interesse di un'altra parte, detta ordinante, procede ad acquisire la proprietà di una partecipazione societaria da un terzo ovvero dall'ordinante stesso (o alternativamente a sottoscrivere un aumento di capitale di una società di cui l'ordinante potrà essere già socio o meno), provvedendo poi per tutta la durata del rapporto, ad esercitare i diritti e le prerogative sociali relative a tale partecipazione, eventualmente secondo le modalità concordate inizialmente o di volta in volta con l'ordinante (così testualmente P.CARRIERE, *Le operazioni di portage azionario, tra proprietà temporanea e proprietà economica*, Milano, 2008, p.185s).

Alla scadenza, con le modalità previste inizialmente nella convenzione, il porteur effettuerà la seconda fase dell'operazione, che consiste nel ritrasferimento delle azioni oggetto della convenzione, o in capo all'ordinante o a soggetto diverso, da questo designato. E' prevista la corresponsione di un corrispettivo, determinato ex ante, per effetto della convenzione (ancora P.CARRIERE, cit. ibidem).

La prassi attesta i trasferimenti di proprietà tra ordinante e porteur attraverso una doppia compravendita.

La dottrina nostrana, seguendo il tracciato di quella francese, (P. CARRERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.186) non esclude la presenza di altre fattispecie negoziali che possano realizzare le medesime finalità dell'operazione.

In particolare, il riferimento corre alle figure del leasing azionario e dell'equity swapt, che comportano una dose di contiguità strutturale con le operazioni di portage, e in modo particolare con la fiducia romanistica, che costituisce il *coefficiente referenziale di ultima istanza*

Secondo questa ricostruzione, il ricorso alla fiducia romanistica sarebbe determinato dalla strutturazione dell'operazione secondo la prassi, in base ad un *modello attributivo*, cioè con un trasferimento di proprietà. Per questa ragione, il modello della compravendita sembra essere il più fruibile con la dinamica per così dire aperta delle tipologie negoziali coinvolte.

Da questo punto di vista, si può osservare che, a livello continentale, il portage non si presenta come operazione unitaria. Ma il passaggio iniziale e quello finale sono inquadrati nello schema negoziale della compravendita, che viene stipulato tra il porteur e, a seconda dei casi l'ordinante o un terzo.

Questo schema viene derogato nel caso in cui il portage preveda la iniziale sottoscrizione di azioni di nuova emissione da parte del porteur (P.CARRIERE, *ibidem*, cit.).

Secondo Doyen Cornu³⁰ il portage è icasticamente definito come: «*convention (non réglementée par la loi) en vertu de laquelle une personne nommée « donneur d'ordre » transmet la propriété de titres à une autre personne nommée « porteur » qui l'accepte mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixés à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire [...] »*. in particolare l'A. precisa che si tratta di « *technique empirique, proche de la fiducie, qui peut, en parallèle, assumer soit une fonction de garantie au profit d'un prêteur qui rétrocèdera les titres pour un prix couvrant le prix d'achat et les intérêts, soit une fonction de transmission en faveur du tiers désigné (opération dont la licéité et le régime au regard du droit fiscal et du droit des sociétés sont sujets à discussion, surtout si elle est occulte) »*

La definizione rende evidente almento quattro passaggi chiave :

- 1) l'assenza di una regolamentazione normativa e la natura prasseologica dell'operazione;
- 2) un'operazione nella quale sulla base di un'apposita convenzione negoziale, una parte detta porteur, su impulso e nell'interesse di un'altra parte, detta ordinante, procede ad acquisire la proprietà di titoli azionari provvedendo poi per tutta la durata del rapporto, ad esercitare i diritti e le prerogative sociali relative a tale partecipazione, eventualmente secondo le modalità stabilite in convenzione.
- 3) i titoli verranno ritrasferiti dal porteur all'ordinante o ad un beneficiario;
- 4) la proprietà dei titoli costituisce già ex se per il porteur una forma di garanzia.

Sulla base di questa definizione possiamo scrutinare gli elementi essenziali del portage che si compendiano in: 1) la natura e le finalità del portage; 2) gli effetti; 3) l'ambito di applicazione

2) LA FENOMENOLOGIA DEL PORTAGE

§ 1 –la natura e la finalità del portage

L' articolazione dei coefficienti referenziali: la convenzione di portage e l'attribuzione c.d. strumentale della proprietà.

Come si è accennato il portage un'operazione nella quale sulla base di un'apposita convenzione negoziale, una parte detta porteur, su impulso e nell'interesse di un'altra parte, detta ordinante, procede ad acquisire la proprietà di una partecipazione societaria da un terzo ovvero dall'ordinante stesso (o alternativamente a sottoscrivere un aumento di capitale di una

³⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6ème éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

società di cui l'ordinante potrà essere già socio o meno), provvedendo poi per tutta la durata del rapporto, ad esercitare i diritti e le prerogative sociali³¹ relative a tale partecipazione, eventualmente secondo le modalità concordate inizialmente o di volta in volta con l'ordinante.

L'operazione riveste un carattere fiduciario evincibile sulla base di due referenti uno a monte e uno strumentale.

Il coefficiente referenziale a monte è rappresentato dalla convenzione di portage, che alla stregua di un *pactum fiduciae*, assolve alla funzione di disciplina del rapporto tra ordinante e porteur. Si tratta di un vero e proprio canone informativo, che come si analizzerà infra, nel rapporto con la *fiducie*, costituisce ad un tempo precetto e sanzione nella disciplina dei rapporti tra le parti. Tali rapporti, sebbene si muovano in un contesto unitario sono caratterizzati da una scansione a più fasi.

Il coefficiente referenziale strumentale è rappresentato dall'attribuzione di una proprietà temporanea al porteur, che come vedremo si atteggia alla stregua di una proprietà fiduciaria e che riveste un ruolo strumentale/indefettibile per l'assolvimento dei compiti del porteur.

§ 2– L'oggetto del portage: il trasferimento temporaneo della proprietà sui titoli

Secondo LUCAS³², « *Le porteur est généralement un établissement financier spécialisé qui va porter les titres pour rendre un service d'ingénierie financière à son client ou encore pour bénéficier de la garantie que lui confère la propriété des titres* »³³.

La definizione dell'Autore rivela due elementi chiave

- a) *Un'articolazione dell'operazione con valenza finanziaria finalizzata ad un acquisto temporaneo dei titoli azionari;*
- b) *La proprietà dei titoli costituisce ex se una forma di garanzia.*

³¹ cfr supra nt.29.

³² LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 10, p. 3

³³ Ecco perché il portage determina un trasferimento di proprietà che è solo temporaneo. Il porteur non ha intenzione di acquisire in modo permanente i titoli o assumere lo status di socio. Tutto ciò che conta per lui il rimborso delle somme anticipate ed il compenso che si riserva di addebitare per il servizio. A differenza dei contratti nominati, come prestito titoli o la pension, portage non è soggetto a condizioni restrittive relative alle parti o ai titoli. Il risultato è che tutti i soggetti di diritto, persone fisiche o giuridiche, possono, teoricamente utilizzare questo tipo di disposizione e per tutti i tipi di diritti sociali.

Viene, in questo modo, introdotto, ad un tempo, il concetto del carattere strumentale della *proprietà temporanea* e del ruolo del porteur che è caratterizzato da *neutralità*.

La strumentalità viene ricondotta dall'A. all'assolvimento dei compiti di ingegneria finanziaria.

Essa costituisce, altresì, un'espressione della neutralità del porteur. La dottrina italiana, come vedremo, nell'inquadrare il portage, nel perimetro dei *contratti di servizio*, risolve in radice il problema definitorio. La funzione del porteur è servente rispetto all'interesse dell'ordinante. La conventio (convenzione di portage, *pactum fiduciae*) costituisce il precetto dell'*agere* del porteur/ fiduciario. Ciò è tanto più vero, quando all'interno della convenzione siano contenute prescrizioni di *carattere parasociale*, in ordine al trasferimento del diritto di voto o dell'esercizio dello stesso. La convenzione costituisce anche la giustificazione causale dell'attribuzione della proprietà fiduciaria.

Si tratta, pertanto, di un *modello attributivo*, ascrivibile alla fiducia romanistica, che permette al porteur l'assolvimento dei compiti.

La dottrina francese, qui considerata, preferisce invece enfatizzare il ruolo di garanzia che svolge l'attribuzione patrimoniale.

In questo senso l'attribuzione di una proprietà temporanea (fiduciaria) consente e favorisce la neutralità del porteur.

Per neutralità, si intende il disinteresse che questi deve avere, in ordine all'andamento/quotazione dei titoli oggetto del trasferimento, sia in ordine alla gestione della società, cui la partecipazione azionaria si riferisce.

Per neutralità, si intende anche il contegno che l'ordinante deve tenere (garantendo l'indennità da conseguenze fiscali o da ricadute societarie negative sul porteur) per evitare qualsiasi pregiudizio al porteur, e favorire il ritrasferimento da parte di questi dei titoli.

Secondo parte della dottrina il portage può essere così strutturato:³⁴

³⁴ SCHMIDT D., *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 43.

La libertà contrattuale, secondo l' A., consente di modellare le molteplici finalità del portage, che non presenta limitazioni *ratione subiecti* specifiche, divenendo pertanto uno strumento più versatile rispetto ad altri contratti finanziari.

Il porteur nell'esecuzione del rapporto (di carattere fiduciario) analizza « *la situation économique et financière de la société dont les titres sont portés, la qualité de sa gestion, ses projets de développement et le risque que constitue un personnel nombreux ; en effet, la sortie du portage au prix convenu à l'origine sera difficile si la société a réalisé en cours de portage soit d'importantes opérations affectant son capital et ses titres, soit au contraire des pertes dépréciant la valeur de ceux-ci* »

§-3 La struttura

La configurazione di un trasferimento temporaneo dei titoli.

Il portage, nella configurazione classica, sarebbe costituito da una doppia cessione : una prima cessione nei confronti del porteur in applicazione di una promessa unilaterale, in secondo luogo una cessione a prezzo fisso da parte del porteur al beneficiario, che di solito è colui che ha ordinato l'operazione. *Le portage est constitué de deux cessions : une première cession de titres du donneur d'ordre vers le porteur puis, en application d'une promesse unilatérale*³⁵ .

La finalità *mediata* è ravvisabile nel trasferimento temporaneo dei titoli Secondo LUCAS³⁶

« Dans la grande majorité des cas, l'opération de portage prendra la forme d'une acquisition des titres par le porteur accompagnée d'une promesse

Secondo SCHMIDT D., *op. cit.*, p. 37 ; SOUMRANI P., *Le portage d'actions*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 260, préface de OPPETIT B., L.G.D.J., 1996. :nella prassi si prediligono come oggetto del portage le azioni, in virtù dei diritti amministrativi e dei diritti sociali ad esse connessi. Alcuni Autori sostengono che anzi il portage debba essere limitato ai titoli azionari. Per parte della dottrina ale analisi sembra troppo semplicistica, soprattutto quando il portage ha il solo scopo di assicurare un prestito

Lucas, infatti, suggerisce l'impiego delle obbligazioni *« moins sujettes à des variations de cours. Ainsi le portage à fins de garantie pourra porter sur des obligations et conférer une garantie plus efficace que celle résultant d'un transfert temporaire d'actions »* : LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 13, p. 3 sul punto si veda anche: DEVEZE J., COURET A. et HIRIGOYEN G., *Lamy Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 1149, p. 677.

³⁵ *Accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investi d'un droit d'option, pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé (en laissant passer le délai) ou de le conclure en « levant » l'option dans le délai »* : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

Come si evince dalla letteratura francese, se esaminiamo il contesto continentale vi sono delle alternative allo schema negoziale della compravendita. Infatti sia che si ricorra a qualificare la fattispecie come compravendita, sia come doppia promessa unilaterale, entrambi gli schemi operativi possono essere presidiati da un sistema di opzioni incorciate, per corroborare le prestazioni di acquisto da parte del porteur e di ri(trasferimento) da parte di questi, nei confronti dell'ordinante.

³⁶ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 25, p. 5.

d'achat de ces mêmes titres par le bénéficiaire du portage, le cas échéant complétée par une promesse de vente ».

La promessa di acquisto che grava sul beneficiario garantisce al porteur il diritto di uscita e di potersi liberare dei titoli sin dall'inizio. Per il porteur diviene infatti determinante assicurarsi il diritto di exit dall'operazione, senza subire condizioni pregiudizievoli.

L'ordinante invece ha l'interesse minimale (che però è essenziale nell'economia dell'operazione) al ritrasferimento dei titoli da parte del porteur.

Parliamo di interesse minimale, perché costituisce la condicio sine qua non per cui sia integrata la fattispecie di portage. L'ordinante invero può perseguire attraverso l'operazione anche altri interessi, in qualità di interponente, oppure degli interessi strettamente parasociali.

Di conseguenza sempre secondo LUCAS³⁷ « *Le recours à des promesses croisées d'achat et de vente paraît donc être la solution la plus sûre et la*

³⁷ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 25, p. 5.

Si può osservare come nel diritto continentale la struttura negoziale classica rappresentata dal contratto di compravendita può essere rafforzata dal ricorso alle opzioni incorciate di acquisto (call) e di vendita (put).

L'importanza dello schema negoziale è direttamente proporzionale all'idoneità di questo a *vestire negozialmente i trasferimenti di proprietà* (l'espressione è di P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.187). Noi potremmo dire, con una terminologia, che richiama direttamente le problematiche di titolarità, afferenti alle operazioni fiduciarie, che il nodo gordiano del problema risiede nel *garantire un'investitura reale effettiva* a chi eserciti una titolarità temporanea dei titoli, convenuta per una finalità, oggetto di *pactum fiduciae* tra il porteur e l'ordinante.

Secondo la dottrina tradizionale, la problematica deve essere affrontata seguendo la linea esplicativa del controllo causale dell'operazione, considerandola unitariamente, cioè ammettendo che si tratti di una sequenza di atti dotati di una loro segmentazione. Per questa ragione, riteniamo di dover utilizzare il sintagma *operazioni di portage*, in quanto vi possono essere a) un'operazione con più segmenti come nel caso delle opzioni put and call; b) oppure più operazioni di portage, non eseguite contestualmente, ma in sequenza temporale contenuta (ovvero a tempi differenziati), con conseguente moltiplicazione dei segmenti. In entrambe le ipotesi, si assiste alla presenza empirica di una articolazione di fasi, che nel caso b) diviene una moltiplicazione di segmenti. L'unitarietà dell'operazione è rinvenuta nel coefficiente fiducia, che è il *catalizzatore di ultima istanza* di ogni movimento negoziale o dell'investitura reale.

Come avremo modo di segnalare nel prosieguo, l'espressione *catalizzatore di ultima istanza* svolge solo una funzione di suggestione rappresentativa. Questo perché la fiducia informa il rapporto a monte, nello spiegamento della convenzione di portage. Ciò avviene anche successivamente, e mediante continui assestamenti degli accordi tra le parti.

plus conforme aux objectifs poursuivis par les parties. En pratique, il apparaît que c'est la forme choisie pour réaliser l'immense majorité des opérations de portage »

Secondo l'A. si avverte l'esigenza di presidiare l'articolazione dell'operazione.

La dottrina (P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, p. 188ss) segnala, altresì, che qualora si accedesse ad una lettura atomistica delle singole scansioni, si addiverrebbe ad un parossismo che porterebbe a delle conseguenze eversive, in caso di determinate sopravvenienze in corso d'opera.

In particolare, secondo l'A:

- Risulterebbe incongruo che l'ordinante potesse avvalersi della disciplina della garanzia dei vizi della cosa venduta ex art.1490 c.c., ovvero della disciplina dell'*aliud pro alio*, per svincolarsi dall'impegno di riacquisto delle azioni che nel frattempo si fossero svalutate.
- L'operazione di portage presuppone un regime di neutralità del porteur rispetto al valore delle azioni: ogni variazione del valore deve, infatti, essere volto a beneficio o a danno dell'ordinante, nel cui interesse esclusivo il porteur ha proceduto all'acquisto iniziale e alla successiva prestazione del suo servizio di portage.
- Un ordinante infedele che volesse denunciare eventuali criticità sulla qualità o consistenza delle azioni portate, per svincolarsi dal programma inizialmente concordato con il porteur al fine strumentale di rinegoziare le condizioni dell'operazione (le c.d. condizioni di prezzo), non potrebbe avere margine di manovra.
- Non potrebbe, altresì, trovare ingresso una particolare disciplina della vendita nel caso di perimento fortuito della cosa (*id est* l'area di applicazione del principio del c.d. *res perit domino*), secondo quanto disposto dall'art. 1465 c.c. Il perimento fortuito (che può essere integrato dalla liquidazione o dal sopravvenuto azzeramento del capitale sociale della società le cui azioni sono portate) delle azioni di proprietà del porteur dovrebbe essere indifferente rispetto all'iniziale programma negoziale concordato.
- Qualora l'ordinante adducesse l'impossibilità di dar corso alla compravendita per mancanza del suo oggetto (nel caso prospettato al punto precedente), l'ordinante dovrebbe indennizzare pienamente il porteur della perdita subita dal suo patrimonio a seguito del perimento, che non gli sia imputabile, delle azioni portate. Dovrà corrispondere a titolo di indennizzo (quindi come ristoro e non come prezzo di una compravendita di ritorno divenuta impossibile) l'importo che era stato originariamente concordato come prezzo del riacquisto.
- Tale attribuzione rivestirebbe una causa *latu sensu* assicurativa. La dottrina ritiene che possano rivelarsi dei problemi di compatibilità con la disciplina dell'assicurazione. Nota in questo caso P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.189 che se si abbandonasse lo schema della compravendita, per adottare quello del negozio fiduciario unitario, si eviterebbero una serie di ambiguità e di problemi di criticità con il divieto del patto commissorio in ambito civilista e il divieto del patto leonino in ambito societario.

Infatti un dato meramente empirico della prassi finanziaria rivela che il portage è un'operazione, che è composta dalla scansione di più fasi in un contesto temporale apprezzabile, in cui devono essere bilanciati gli interessi contrapposti del porteur e dell'ordinante.

Da questo punto di vista il ricorso al sistema delle promesse incrociate può rivestire un'utilità marginale.

L'uso di queste promesse incrociate di acquisto e di vendita sembra essere il più sicuro e più coerente con gli obiettivi perseguiti dalle parti. In pratica risulta che questa è la forma prescelta per eseguire la stragrande maggioranza dei portage.

Secondo BERTREL³⁸ l'uso delle promesse incrociate può invece presentare degli inconvenienti pratici di non poco momento che possono essere riassunti in inconvenienti fiscali e inconvenienti giuridici. Infatti la doppia promessa unilaterale da un punto di vista fiscale può essere riqualficata come contratto a prestazioni corrispettive, con conseguente applicazione del regime impositivo.

Più insidioso si presenta il discorso da un punto di vista tecnico-dogmatico. Per effetto dell'art. 1589 cc.fr, la doppia promessa unilaterale rischia di essere considerata una *emptio perfecta*.

³⁸ BERTREL J.-P., *Portage de droits sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n° 13, p. 3.

Rileva le criticità relative all'uso di promesse incrociate. Criticità che possono essere ricondotte a ragioni fiscali e giuridiche. Da un punto di vista fiscale infatti la doppia promessa unilaterale viene inquadrata dalla Corte di Cassazione come contratto sinallagmatico:

(Cass. com., 18 juillet 1989. Cf. BACROT C., Bull. Joly, 1989, § 296, p. 822.). *Il en résulte que l'administration fiscale peut exiger un droit proportionnel d'enregistrement. Ce problème avait été résolu par l'article 12 de la loi n° 90-1168 du 29 décembre 1990 qui réduisait les droits d'enregistrement des actes portant cession de valeurs mobilières à un 1,10 %, plafonné à 4000 euros par mutation* BERTREL J.-P., *L'abaissement à 1 % du droit d'enregistrement pour les actes portant cession d'actions*, Les Petites Affiches, 18 février 1991, p. 11 ; LEHERISSEL H., *Aspects fiscaux in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 129).

Sono presenti altresì problemi di qualificazione giuridica, per effetto dell'operatività dell'art.1589 cfr. che riqualfica in vendita perfetta (cioè completa, perfezionata) la doppia promessa unilaterale.

Infatti: « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* »(BERTREL J.-P., *Portage de droits sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n° 16, p. 49).

La letteratura francese così considerata si mostra incline ad operare una riconduzione del portage in uno schema legale, non sulla base di una prognosi relativa alle finalità perseguibili con l'operazione, ma piuttosto sulla base di una traduzione degli elementi descrittivi desumibili dalla prassi. La riconducibilità quindi degli elementi descrittivi a quelli normativi giuridici, viene effettuata con l'intento di salvaguardare la funzionalità dell'istituto.

Come avremo modo di verificare, le due uniche vere preoccupazioni della dottrina sono quelle di salvaguardare il portage dai c.d. impieghi impropri, ovvero dall'impiego a fini simulatori o di frode alla legge.

§-4 Il nucleo programmatico dell'operazione: la convenzione di portage: Il suo "modello precettivo".

La convenzione di portage si pone a monte dell'intero flusso negoziale che viene realizzato con il portage. Essa riveste, come accennato una valenza precettiva dal momento che disciplina i rapporti tra porteur e ordinante. Il contenuto non è quindi solo quello minimale, volto a garantire da un lato l'interesse dell'ordinante e dall'altro la neutralità del porteur (sia da un lato attivo, che da un lato passivo), ma può contenere anche altre disposizioni, accessive alla struttura base del portage.

Ad esempio:

- 1) Può disciplinare un'operazione di finanziamento di acquisto titoli e presentare una contiguità con contratti finanziari come lo swap³⁹;

³⁹ La traduzione letterale di swap, cioè scambio, identifica la sostanza del contratto: due parti si accordano per scambiare tra di loro flussi di pagamenti (anche detti flussi di cassa) a date certe. I pagamenti possono essere espressi nella stessa valuta o in valute differenti ed il loro ammontare è determinato in relazione ad un sottostante. Gli swap sono contratti OTC (over-the-counter) e, quindi, non negoziati su mercati regolamentati. Il sottostante può essere di vario tipo e influenza notevolmente le caratteristiche del contratto che può assumere, nella prassi, svariate forme. I contratti swap sono generalmente costituiti in modo tale che, al momento della stipula, le prestazioni previste sono equivalenti. In altri termini, è reso nullo il valore iniziale del contratto, così da non generare alcun flusso di cassa iniziale per compensare la parte gravata dalla prestazione di maggior valore. Se al momento della stipula le due prestazioni sono equivalenti, non è detto che lo rimangano per tutta la vita del contratto. Anzi, è proprio la variazione del valore delle prestazioni che genera il profilo di rischio/rendimento: la parte che è tenuta ad una prestazione il cui valore si è deprezzato rispetto al valore iniziale (e, quindi, rispetto alla controprestazione) maturerà un guadagno e viceversa. La caratteristica essenziale delle operazioni di swap – cioè quella di scambiare dei flussi di cassa, connessi ad un'attività sottostante, con altri flussi di cassa di diverso tipo – determina la creazione di nuove opportunità finanziarie altrimenti non conseguibili.

- 2) Può contenere a presidio dell' adempimento delle obbligazioni base, un sistema di opzioni incrociate (le c.d. opzioni put&call)⁴⁰ modellate appositamente nel perimetro di un'operazione fiduciaria atipica, realizzata con il portage⁴¹;

Queste opportunità possono essere sfruttate in funzione di molteplici esigenze, che possono essere di copertura, di speculazione o di arbitraggio, a seconda delle finalità che l'operatore si pone.

⁴⁰ Se si analizza la disciplina civilistica dei contratti di opzione put & call, che tipicamente concorrono a vestire la forma negoziale di un'operazione di portage, si osserva che le opzioni incrociate put/call potrebbero in alcuni contesti l'unica veste formale che assumono le operazioni di portage, specie nei casi in cui risultino prevalenti le operazioni di riservatezza che sconsigliano la formalizzazione di una convenzione di portage.

In tali casi l'esistenza di una convenzione di portage pur non potendosi dare per presupposta solo per effetto dell'esistenza delle opzioni, potrà eventualmente anche tramite il ricorso alle presunzioni nei termini in cui ciò è ammesso.

Il meccanismo delle opzioni può essere potenzialmente latore di ricadute negative.

Queste possono essere lesive delle concrete intenzioni perseguite dalle parti.

In particolare:

- ❖ Il profilo temporale dell'articolazione negoziale delle opzioni e il loro periodo di esercizio riveste un ruolo dirimente nell'economia dell'operazione. Specie per quanto attiene il giudizio di liceità dell'operazione. Infatti una durata troppo estesa o una durata troppo contenuta risultano essere sintomatici di un impegno elusivo del portage che di tali opzioni si avvalga.
- ❖ Nello specifico: un utilizzo delle opzioni put&call troppo esteso (fino al limite di sovrapporsi all'operazione stessa di portage) rischia di compromettere la possibilità stessa di ricostruire il portage come un'autonoma fattispecie, determinando la sua confluenza nei c.d. fenomeni simulatori.
- ❖ La stabilità che viene a determinarsi per effetto dell'operazione, stabilità per inciso coniugata con il carattere temporaneo del modello attributivo impegnato, rappresenta un tratto caratteristico rispetto all'interposizione simulatoria, che invece è ex se caratterizzata dalla instabilità degli effetti.

⁴¹ Devono prevedersi delle cautele per salvaguardare l'operazione in punto di validità/liceità:

1. L'apposizione di un termine finale di esercizio (prescindere dal fatto che esso debba ritenersi un termine essenziale ex art.1457 c.c.) laddove si voglia evitare una censura di nullità o la possibilità che una delle parti attivi un'integrazione giudiziale (qualora voglia discostarsi dalle istruzioni originariamente concordate);
2. A prescindere dal rischio di incorrere in una fattispecie elusiva, il termine finale non dovrebbe risultare eccessivamente differito nel tempo, altrimenti potrebbe essere invocata l'applicazione dell'art. 1379 c.c.in relazione al divieto di alienazione.
3. Al fine della validità delle opzioni sarà necessaria l'applicazione di un prezzo, ovvero di un premio per sopperire a quell'orientamento giurisprudenziale che nella mancata fissazione rileva un indizio della mancanza di causa (App. Milano, 5 febbraio 1997, in *Giur. It.*, 1988, p.488), in ossequio alla teoria oggettiva classica

3)⁴² sono applicabili le disposizioni generali imperative del diritto dei contratti e delle società.

§-5. Il portage come operazione fiduciaria.

Accenniamo solo ad un tema che verrà affrontato nella Sezione III, del presente capitolo ovvero il rapporto tra le varie fattispecie fiduciarie all'indomani dell'introduzione del contratto (nominato) della *fiducie*.

della causa. La prassi ha predisposto a corredo difensivo che il premio debba corrispondersi alla data di stipulazione dell'opzione. Si può in alternativa prevedere che il prezzo relativo al trasferimento delle azioni a seguito dell'esercizio dell'opzione call debba ritenersi comprensivo anche del premio relativo all'opzione di acquisto.

4. Lo stesso non può essere attuato con l'opzione put, dato che la parte tenuta a pagare il prezzo delle azioni in caso di esercizio non coincide con quella beneficiaria dell'opzione di vendita. In questo caso può prevedersi una compensazione automatica tra il prezzo dovuto dal concedente l'opzione compratore e il premio dovuto dall'opzionario venditore.
5. E' possibile un'applicazione del regime di cui all'art. 1469 c.c. relativo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti a prestazioni corrispettive. In particolare sul punto le opinioni non sono conformi la prassi negoziale prevede l'attribuzione pattizia di una valenza esplicita aleatoria all'operazione, per inibire gli effetti in punto di disciplina di cui all'art. 1469 c.c.

⁴² Secondo alcuni Autori (DEVEZE J., COURET A. et HIRIGOYEN G., *Lamy Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 1145, p. 675) il portage non presenterebbe un'utilità marginale talmente dirimente da poter dispiegare una completa fungibilità rispetto ai contratti civilistici come le *prêt de consommation de droit commun*. (LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 30, p. 6.) Eil carattere di contratto innominato del porteur comporta che in punto di disciplina si debba ricorrere per quanto non previsto dalla legge, a quanto si pratica nella prassi. E' come se la legge non conoscesse il portage, ma lo descrivesse ex post. Tuttavia nonostante il rilievo prasseologico sia invocato a carico o a discarico del portage, per quanto attiene al suo impiego in ambito finanziario, non può comunque sottacersi che la dottrina tenda sempre ad interpretarlo o ad attivare dei procedimenti di riconduzione alle strutture civilistiche e in particolare alla vendita. (LUCAS F.-X., *op. cit.*, n° 25, p. 5)

Altri Autori LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997 ; SCHMIDT D., *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 46 ; WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Thèse, préface de SCHMIDT D., Economica, 1981. si preoccupano di esaminare il profilo fiduciario dell'operazione e in modo particolare il profilo della fiducia gestione, evidenziando i profili concorrenti con le altre ipotesi di fiducie innominate e istituzionali (con l'espressione fiduciaristica istituzionale ci riferiamo all'opera di codificazione della *fiducie* (LUCAS, *op. cit.*, n° 42, p. 7.)

Coefficiente referenziale della *fiducie* è l'applicazione di un modello attributivo, ovvero l'attuazione mediante un contratto ad effetti reali. Viene cioè a realizzarsi mediante un sistema di fiducia romanistica, che comporta la trasmissione di beni. Si tratta quindi di un modello di fiducia dinamica.

Originariamente predisposto per usi esclusivamente finanziari (sulla base di una pretesa competitività con il trust) approda invece a struttura contrattuale di diritto comune.

Qualora venisse applicata in ambito finanziario avremmo pertanto una situazione così sintetizzabile:

*- D'une part, le fiduciaire ne perd pas tous ses droits sur les titres, notamment ses droits politiques lorsque le contrat a pour objet des actions ;
- D'autre part, les titres cédés sont séparés du patrimoine du fiduciaire afin de les soustraire aux droits de poursuite de ses créanciers.*⁴³

Questa definizione deve essere interpretata alla luce della ratio che presiede all'introduzione del contratto di *fiducie* e delle relative disposizioni imperative, che presidiano l'istituto.

Da questo punto di vista, abbiamo sostenuto che la nuova fiducia, possa essere considerata come catalizzatore di una nuova prospettiva del negozio fiduciario in Francia.

In base infatti alla Legge n° 2007-211 du 19 février 2007 che istituisce la fiducia nel Code civil, si devono considerare le condizioni restrittive di cui agli artt. 2013 et 2015 du Code civil *ratione subjecti*⁴⁴ e *ratione materiae*⁴⁵.

⁴³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

⁴⁴ Cf. article 2015 du Code civil. Article 2015

- Modifié par [Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 - art. 18](#)

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article [L. 511-1](#) du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article [L. 518-1](#) du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article [L. 531-4](#) du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article [L. 310-1](#) du code des assurances.

Ciò comporta secondo gli autori la nascita di un formalismo e l'applicazione dell'operazioni fiduciarie al diritto comune. Queste norme per effetto del ruolo *espansivo* giocato dalla *fiducie*, godono di una ultrattività che investe la contrattualistica di diritto comune.

Vi è inoltre un'identità di finalità che possono essere realizzate con il portage e con la *fiducie*

« *Qui s'applique en principe (sauf exception) à toutes les personnes et à toutes les affaires [...]*⁴⁶ ».

Per il momento, possiamo individuare alcuni punti di approdo, sul portage, che costituiranno oggetto di approfondimento nel corso del nostro studio:

- *La natura prasseologica dell'operazione e la questione definitoria.*
In assenza di una definizione precisa, il significato della parola portage va ricercata nella descrizione del meccanismo che viene attivato dal porteur su impulso dell'ordinante. Secondo la definizione proposta da Schmidt è "chiamato portage la convenzione con cui una persona, porteur si impegna, su richiesta del committente, a divenire azionista per l'acquisizione o la sottoscrizione di azioni, essendo espressamente concordato che dopo un certo periodo, tali azioni saranno trasferite a una persona designata ad un prezzo fisso a partire dall'inizio".
- MJ-P. Bertrel definisce il portage come: un accordo con il quale il porteur (solitamente un istituto di credito o di una filiale specializzata) sottoscrive o acquista azioni per conto di un partner o di un terzo, e una promessa (da parte sempre del porteur) che queste azioni verranno rimborsate dopo un periodo determinato per un prezzo di origine. Il valore della transazione costituisce la remunerazione per il servizio reso al porteur. La remunerazione è

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire

⁴⁵ Cf. article 2013 du Code civil. Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.

⁴⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

calcolata indipendentemente dall'interesse sociale da realizzare risultante dalla società,

- Guyon propone una ricostruzione semplificatoria dei rapporti espone più semplicemente che la convenzione ha ad oggetto l'acquisizione di azioni per conto di terzi; che il porteur ha promesso di restituire o dopo un breve periodo di tempo generalmente__in esito all'operazione.

- *La struttura plurifasica del portage.* In queste definizioni, il portage appare come un'operazione più fasi distribuite nel tempo:
 - 1) una prima fase, caratterizzata da un accordo raggiunto tra l'ordinante e il futuro porteur dei partiti rapporti;
 - 2) una seconda fase esecutiva, in cui il porteur procede ad un'investitura reale,divenendo azionista, come convenuto nella convention di portage (questa fase prevede anche la variante della sottoscrizione di azioni da parte del porteur).
 - 3) la fase di ingresso dell'operazione, in cui il porteur rimane titolare delle azioni per il tempo stabilito
 - 4)la vendita delle azioni ad un prezzo fisso di origine; questa fase costituisce il risultato del portage.

Resta comunque aperta la quaestio iuris della qualificazione della fattispecie e della eventuale intersezione con figure contrattuali finitime anche se il meccanismo della doppia promessa di compravendita può essere considerato come il processo convenzionale di svolgimento della portage

Connessa alla qualificazione giuridica del portage⁴⁷ è la problematica afferente alla natura fiduciaria dell'operazione attivata⁴⁸ (su cui diffusamente Sezione III, di questo capitolo).

⁴⁷ Il portage può consentire anche la realizzazione di operazioni di carry trade. Questo consiste in una operazione finanziaria con la quale ci si approvvigiona di fondi in un Paese a costo del danaro basso e si impiegano poi queste disponibilità in un Paese con alti tassi di interesse. Per esempio, si possono prendere a prestito degli yen, pagando solo l'1%,

§-6. Il portage come prototipo della fiducia gestione e il rapporto con il contratto di fiducie. (rinvio)

Il carattere gestorio del rapporto fiduciario, instaurato con il portage, si rileva in modo particolare attraverso la natura di contratto di servizio, in ordine all'assolvimento dell'interesse dell'ordinante. Costituisce infatti una forma di fiducia operativa, attraverso cui l'ordinante realizza l'acquisizione

convertirli in dollari australiani che rendono il 7-8%, e lucrare così la differenza di rendimento. Si tratta di operazioni spendibili al netto di eventuali rischi valutari. La convenienza dell'operazione è direttamente proporzionale al cambio. Se prima della scadenza lo yen si rivaluta per più della differenza di rendimento, l'operazione è in perdita. È interessante notare, tuttavia, che di per sé il carry trade tende all'opposto a deprimere il cambio dello yen, dato che comporta la vendita di yen contro altra valuta, e quindi esalta la convenienza dell'operazione. Il cambio però dipende da molti altri fattori, e il carry trade si fa solo quando i mercati sono favorevoli all'assunzione di rischio. Se fatto su larga scala, il carry trade può portare a movimenti destabilizzanti fra le valute, sia nella fase crescente che quando i carry trade vengono "smontati" perché si temono apprezzamenti nella valuta di rifornimento.

⁴⁸ Avendo riguardo agli effetti tipici del contratto di opzione è necessario riflettere sulla sua struttura di contratto preparatorio (P.CARRIERE, *le operazioni di portage*, cit.p.153s e 153 nt.193; F.GAZZONI, cit. nt.89, p.224) ove a fronte di una posizione dell'opzionario descrivibile in termini di diritto potestativo, si contrappone la posizione di soggezione dell'obbligato che è esposto a subire la dichiarazione di volontà del primo, in ordine alla realizzazione del rapporto contrattuale finale.

A riguardo CASS. 11 feb 1980, n.960 (in *Giust. Civ.*, 1980, I, 1952) nel ritenere successivamente alla stipulazione di un contratto di opzione sia configurabile una responsabilità precontrattuale del promissario in relazione al ragionevole affidamento che esso abbia ingenerato nella controparte in merito alla conclusione del contratto finale.

Di conseguenza nell'economia di un'operazione di portage tale ragionevole affidamento deve ritenersi implicito, atteso che la stipulazione delle opzioni sono intese non tanto a conferire una genuina facoltà di acquisto e vendita, quanto a dotare di automaticità quello che è un programma negoziale chiaro sin ab origine e che deve vertere al necessario ritrasferimento delle azioni in punto di esito dell'operazione.

Per questa ragione anche qualora l'operazione preveda la stipulazione della sola opzione put rimanendo conseguentemente sguarnito l'ordinante di uno strumento che possa garantirgli l'esito convenuto dell'operazione call, quest'ultimo potrà invocare il ragionevole affidamento nell'esercizio dell'opzione put da parte del porteur, in mancanza del quale potranno sorgere in capo ad esso i consueti profili risarcitori per inadempimento contrattuale.

Si tenga altresì presente che in Francia è possibile la stipulazione della sola opzione put, dal momento che è cogente la necessità di sottrarsi ad una interpretazione giurisprudenziale delle opzioni incrociate put&call alla stregua di una compravendita perfetta, con evidente vanificazione della ratio del portage. Si veda in proposito per il rapporto con il profilo nostrano P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.194.

dei titoli a loro volta acquistati dal porteur in esecuzione della convenzione.

Il periodo però in cui il porteur è dotato di una investitura reale in ordine alla titolarità dei titoli presenta delle peculiarità.

Si parla infatti di proprietà temporanea, in quanto in quella frazione temporale, si compendia l'esecuzione del programma della convenzione. In questo momento non ci interessa analizzare in che senso la proprietà temporanea costituisca il prodotto della convenzione fiduciaria.⁴⁹ Ci preme invece considerare che il tempo della proprietà deve permettere la consolidazione dell'acquisto in capo al porteur. Si tratta del tema della c.d. stabilità dell'acquisto in capo al porteur.

L'acquisto, come vedremo, deve presentare un grado di stabilità tale da consentire che l'intera operazione non si palesi come fiduciaria. Una durata troppo estesa o troppo contratta determinerebbe infatti il sospetto che si tratti di un'operazione simulata.

Il tema della stabilità dell'acquisto invece non si pone in relazione alla *fiducie*, atteso il carattere nominato della fattispecie, dal momento che l'individuazione della questa, come si avrà modo di segnalare, procede su altri presupposti, mediante l'integrazione di un modello attributivo (c.d. di tipo romanistico).

Ora invece ci si può limitare a sottolineare che la natura di contratto innominato del portage rivela una particolare autonomia funzionale, garantita dalla inapplicabilità delle condizioni restrittive previste dagli artt. 2013 e 2015 di cui sopra valevoli per la *fiducie*⁵⁰.

Bisogna altresì chiedersi se l'autonomia funzionale altro non sia che un aspetto di una struttura negoziale a causa variabile. Infatti nel momento in cui la dottrina rivela l'idoneità dell'istituto a servire una molteplicità di

⁴⁹ Questione che verrà trattata ex professo nel capitolo III.

⁵⁰ « ...si l'on reconnaît une autonomie au contrat de portage, celui-ci prendra la forme d'une cession suivie d'une rétrocession à un terme et à un prix fixés par avance, suite à l'exécution d'une promesse d'achat ou de deux promesses croisées d'achat et de vente. Cette solution se justifie principalement par l'absence de conditions d'application restrictives, propres à ce contrat innommé, qui permet de poursuivre sans entraves de nombreuses finalités » LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128.

finalità, da un punto di vista dogmatico, si deve ritenere che l'atipicità consenta una variabilità di cause e non invece un'astrattezza negoziale, attesa la vigenza del principio consensualistico nel codice civile francese.

3) LE FINALITÀ' DEL PORTAGE COME CONTRATTO INNOMINATO-

Come visto il carattere di contratto innominato si riverbera sulla capacità di questo di assolvere molteplici finalità, che da un punto di vista causale sono riconducibili a:

a)finalità di garanzia; b) finalità di trasmissione c) finalità di gestione.

Tuttavia secondo LUCAS⁵¹, la finalità precipua sarebbe compendiabile in *en ce compris celles qui sont poursuivies par les opérateurs sur les marchés financiers*.

Per questa ragione si ritiene il portage, prototipo della fiducia gestoria.

Nello specifico:

§1 – La finalità di garanzia. Le portage à fins de garantie

Secondo la dottrina⁵², « *Le portage utilisé comme sûreté est une opération classique dans les relations avec les banques* »⁵³. Il trasferimento della proprietà assolve quindi alla preconstituzione di una garanzia per l'inadempimento del debitore..

Secondo parte della dottrina⁵⁴, invece, la finalità di garanzia non sarebbe prevalente, ma costituirebbe un fattore recessivo per due ragioni :

« *transfert temporaire de titres a pour objet de garantir un crédit, principalement pour deux raisons :*

⁵¹ LUCAS F.-X. *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128.

⁵² DEVEZE J., COURET A. et HIRIGOYEN G. *Lamy Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 1135, p. 673.

⁵³ « *Cela s'explique par la sécurité qu'apporte le montage au créancier : la banque, en devenant porteuse des titres, se fait transférer leur propriété, ce qui la garantit en principe contre toute défaillance du débiteur* ». LUCAS F.-X., *op. cit.*, n° 46, p. 8.

⁵⁴ SCHMIDT D., *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 38.

- *D'une part, il n'y aurait pas de service rendu par le porteur au donneur d'ordre ;*
- *D'autre part, le transfert temporaire de propriété à des fins de garantie devrait être qualifié de vente⁵⁵ »*

In questo modo anche la finalità di garanzia viene iscritta nello schema legale del contratto di servizio. In altre parole la garanzia non è che uno strumento esplicativo del servizio.

Secondo⁵⁶ MORTIER. l'estensione del portage ai valori mobiliari, che risultano in alcune fattispecie meno sensibili al deprezzamento delle azioni renderebbe l'operazione dotata di maggior fruibilità, anche da un punto di vista fiscale.⁵⁷

§-2 - Il portage à fins de transmission. Il portage come strumento per attuare il trasferimento di un controllo della società da un gruppo di comando ad un altro.

La convenzione di portage può contenere altre disposizioni oltre a quelle che realizzano la struttura base dell'operazione. Vi possono essere contenute delle prescrizioni con valore parasociale. Se si considera che il portage,

⁵⁵ Secondo la dottrina BERTREL J.-P. et JEANTIN M., *Le portage d'actions*, R.J.D.A., 1991, n°4, p. 683 ; BORNET J.-P., *Portage, le point de vue d'un banquier in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 117 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1999, n° 254, p. 317 ; LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit- Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 48, p. 8 ; MOUSSERON J.-M., *Les devenirs des conventions de portage in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 131 ; TREILLE B., *Les conventions de portage*, Rev. Soc., 1997, p. 726.

⁵⁶ MORTIER R., *La modernisation du droit des sociétés*, J.C.P. éd. E., 9 octobre 2008, n° 41, 2233, p. 38.

⁵⁷ Dello stesso avviso anche LUCAS F.-X. *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit- Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 49, p. 9.

Tuttavia, questa difficoltà in materia di azioni sarà facilmente superata, impostando in anticipo un prezzo di rimborso dei titoli indipendentemente del loro valore alla data della consegna: questa procedura consentirà anche di sfuggire più facilmente al divieto di clausole vessatorie. Inoltre, nulla impedisce alle parti di fornire ulteriori sconti se tali azioni, che sono state inizialmente trasferite perso il loro valore.

Questo infatti costituisce il tema della c.d. *neutralità passiva del porteur*, ovvero di tutti quei conegni che l'ordinante deve tenere per evitare ricadute negative dell'operazione, in capo al porteur medesimo.

Sul tema, si veda per il riferimento normativo Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : Réforme du droit des sûretés. J.O.R.F. du 24 mars 2006, p. 4475.

impiegando un modello attributivo di tipo romanistico realizza un fenomeno di interposizione reale, l'ordinante assume la veste di interponente e il porteur la veste di interposto.

Il carattere fiduciario dell'operazione base sottende altresì la presenza del contenuto parasociale che può afferire a :

1-la convenzione stabilisce le modalità di esercizio del voto relativa alla partecipazione societaria portata;

2-la convenzione disciplina il trasferimento del diritto di voto.

In entrambi i casi, si apprezzano ricadute sul profilo strettamente societario, in quanto si può indurre tramite l'operazione un'alterazione della compagine sociale e funzionalmente del c.d. gruppo di comando.⁵⁸

Secondo LUCAS⁵⁹ Les titres sont alors portés par un établissement de crédit jusqu'à ce que les enfants du chef d'entreprise soient aptes à diriger la société⁶⁰.

§-3 - Le portage à fins de gestion. La finalità di gestione del portage.

In questo caso il portage riveste il carattere proprio di contratto di servizio ovvero *comme un montage où le service rendu par le porteur n'est pas tant financier que juridique*⁶¹.

Si evidenzia, pertanto, un'applicazione da un lato finanziaria e dall'altra compatibile con il diritto comune dei contratti.

La dottrina francese interpreta il canone di riservatezza connesso all'operazione fiduciaria, in termini di apparenza.

Ovvero la fenomenologia giuridica dell'operazione consente di ottenere molteplici finalità, alcune dirette ed altre indirette.

⁵⁸ DEVEZE J., COURET A. et HIRIGOYEN G., *Lamy Droit du financement*, Lamy, 2001, n° 1139, p. 674.

⁵⁹ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 53, p. 9.

⁶⁰ Secondo GUYON Y., *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1999, n° 254, p. 317. Dans le même sens, V. CASTRES SAINT MARTIN F., *Les sociétés dites « holdings »*, Thèse Paris II, 1992, n° 368. Il portage può quindi facilitare il trasferimento della società a terzi. Ciò è particolarmente il caso in cui gli acquirenti non hanno il denaro per acquistare tutte le azioni. In questo caso, un ente creditizio acquista una parte di titoli per conto degli acquirenti, che si impegnano a riacquistarli in un secondo momento. Questa disposizione è talvolta usata per consentire acquisizioni da parte dei dipendenti

⁶¹ LUCAS , *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 53, p. 9.

Si tratta di verificare la compatibilità, con il formante fiducia, di quella che viene definita apparenza positiva e negativa.

Anticipando un concetto, che verrà esaminato nel prosieguo, si può sostenere che entrambe le applicazioni rientrano *nel c.d. concetto di fiducia tecnica, per cui il portage rappresentando il prototipo della fiducia gestione è al contempo la forma a priori della fiducie, così come istituzionalizzata, sia da un punto di vista del diritto comune, sia da un punto di vista del diritto finanziario.*

Bisogna chiarire che cosa si intende per creazione di un'apparenza. L'operazione fiduciaria induce, infatti, un complesso meccanismo in cui l'affidamento si combina con la riservatezza per la realizzazione degli scopi indicati nella convenzione a monte.

Secondo ⁶² LUCAS, *il s'agit pour le porteur de créer une apparence qui sera qualifiée de positive (a) ou de négative (b) :*

- *Positive lorsqu'il s'agit de faire apparaître l'entrée du porteur dans le capital ;*
- *Négative lorsqu'il s'agit de dissimuler le donneur d'ordre derrière le porteur.*

§-4(segue) la teoria della c.d.'apparence positive

La nozione seguita dalla dottrina presenta però un grado di ambivalenza nel momento in cui si tratta di connotare l'apparenza, attese le preoccupazioni da parte della Amministrazione Finanziaria di attivare congegni elusivi o simulatori.

Possono essere segnalati alcuni coefficienti di caratterizzazione della c.d apparenza positiva:

- 1) *L'ingresso del porteur nella compagine sociale in veste di azionista a fini reputazionali*⁶³
- 2) *l'ingresso del porteur a fini reputazionali specifici, nel caso in cui il ruolo sia rivestito da un istituto di credito e si perseguano delle finalità di strategia aziendale*⁶⁴

⁶² LUCAS , *op. cit.*, n° 55, p. 10.

⁶³LUCAS F.-X., *op. cit.*, n° 55, p. 10. *Lorsque l'entrée du porteur dans le capital est affichée, cela a généralement pour conséquence de tranquilliser les autres associés. Dans cette hypothèse, trois finalités sont généralement poursuivies : crédibiliser le donneur d'ordre, obtenir un agrément administratif ou encore permettre à un futur dirigeant d'accéder à ses fonctions*

3) *l'ingresso del porteur finalizzato alla mera alterazione della compagine sociale, mediante ingresso di nuovi soci.*⁶⁵

4) *l'ingresso del porteur finalizzato a consentire l'accesso alla struttura di gestione della società*⁶⁶.

Secondo⁶⁷ autorevole dottrina, il portage è uno strumento che consente di rafforzare i gruppi di potere.

§ -5 la teoria della c.d. L'apparence négative e le sue ricadute sul piano fiscale e sul piano della semantica giuridica.

Viene in questo caso delineata la c.d. struttura simulatoria che virtualmente è esplicabile attraverso l'intera operazione. L'attivazione dell'operazione simulatoria può investire il piano fiscale o quello giuridico.

Sono altresì possibili delle deviazioni patologiche sia sul piano fiscale che sul piano meramente giuridico.

Nello specifico secondo alcuni Autori⁶⁸ « *le portage peut avoir pour finalité de bénéficiaire du régime de gérant minoritaire dans les sociétés de personne ou d'échapper à l'I.S.F* ».

⁶⁴ Il titolare ordinante può far valere la credibilità del porteur lucrando sul vantaggio della sua reputazione, soprattutto quando si tratta di un istituto di credito. Questa reputazione è basata non solo sulla solvibilità del titolare, ma anche il rigore della sua strategia d'investimento e il rigoroso rispetto dei suoi obblighi contrattuali. Pertanto, il titolare effettivo sarà in grado di far approvare più facilmente la sua politica sociale da parte degli altri soci.

⁶⁵ Cf. article L. 511-10 du Code monétaire et financier.

-« *...l'apparition du porteur au côté du donneur d'ordre permettra à ce dernier d'obtenir un agrément administratif. L'agrément visé ici n'est donc pas celui résultant d'une clause statutaire filtrant l'entrée des nouveaux associés. Il procède au contraire d'une réglementation légale ou réglementaire spécifique* ». SOUMRANI P., *Le portage d'actions*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 260, préface d'OPPETIT B., L.G.D.J., 1996, n° 498, p. 295.

⁶⁶ SOUMRANI P., *Le portage d'actions*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 260, préface d'OPPETIT B.) L.G.D.J., 1996, n° 498, p. 295.

il portage può permettere l'ingresso all'ordinante nella compagine sociale in veste di amministratore o membro del consiglio di sorveglianza.

⁶⁷ BERTREL J.-P., *Portage de droits sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n° 16, p. 4.

⁶⁸ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 33, p. 7.

Si può altresì aprire la strada anche ad ipotesi di interposizione fittizia « *joue alors le rôle d'un simple homme de paille* »⁶⁹.

Sempre secondo LUCAS⁷⁰ le seguenti operazioni possono contribuire alle operazioni di consolidazione di un gruppo.

Secondo parte della dottrina⁷¹ il portage può altresì costituire un instrumentum elusivo di norme imperative⁷². In primo luogo si presta ad eludere le norme sulle concentrazioni.

In secondo luogo⁷³ può essere, infatti, considerato quale strumento per alterare la compagine sociale senza i rispetto degli obblighi di comunicazione previsti dal legge.

Si tratta in altre parole di una duplice violazione:

- A) Da un lato infatti viene ad essere elusa la trasparenza societaria;
- B) Dall'altro con riguardo alla specificità dei titolari finali dell'operazione di portage, si può addivenire anche ad una elusione

⁶⁹ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 58, p. 10.

L'a. ritiene che la segretezza dell'operazione possa contenere in sé un abuso del diritto per l'amministrazione fiscale.

« *En outre, si les titres portés sont des actions cotées, le secret sera rendu impossible par l'obligation légale de rendre publiques les conventions comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition, ce qui est indiscutablement le cas des conventions de portage. Dans l'hypothèse d'un abus de droit, le fisc considérera le montage comme lui étant inopposable et sanctionnera les fraudeurs* »

Cf. article L. 233-11 du Code de commerce.

⁷⁰ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 58, p. 10.

⁷¹ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C. *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 33, p. 7.

⁷² GUYON Y., *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1999, n° 256, p. 321.

Il portage può essere finalizzato ad aggirare le norme di superamento soglia di concentrazione in un'unica mano di partecipazioni sociali. Tali norme prevedono che tali investitori debbano informare la società in cui possiedono un numero di azioni o di diritti di voto che rappresentano più di una certa soglia.

« *Cette possession concerne les investisseurs agissant individuellement mais aussi ceux qui agissent de concert, c'est-à-dire ceux qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société Or, le portage constitue bien un accord en vue de céder ou d'acquérir des droits de vote* »

⁷³ Cf. article L. 430-1 2° du Code de commerce.

della normativa in tema di concentrazione di azioni in capo ad un solo soggetto.

Secondo l'articolo L. 430-8 du Code de commerce sono previste sanzioni in caso di inosservanza degli obblighi di comunicazione, sia per operazioni dirette o indirette

In terzo luogo,⁷⁴ non si manca di sottolineare che il portage costituisce lo strumento per realizzare un accordo che sub specie di riservatezza comporti l'attuazione di intese simulatorie, finalizzate all'ottenimento degli scopi ulteriori rispetto ai punti sopra esposti.

In quarto luogo⁷⁵ il portage può portare all'attuazione di misure di salvataggio nel contesto di procedura di risanamento per debiti aziendali.

4) LA PRASSI FINANZIARIA E LA QUALIFICAZIONE DEL PORTAGE IN TERMINI DI CONTRATTO INNOMINATO

§ 1 – La pretesa assenza di formalità dell'operazione

Il carattere innominato del contratto non pregiudica la necessità che vi siano alcune formalità che le parti devono rispettare, anche se queste risultano esser meno assorbenti rispetto alla normale cessione di azioni o di titoli attuata con altri schemi legali.

In questo caso, viene a costituirsi una corsia preferenziale rispetto sia al circuito societario che a quello di diritto comune.

Questo infatti rappresenta uno degli aspetti che caratterizzano il negozio in oggetto come un contratto sui generis.

« Le caractère innommé du portage suppose qu'aucune formalité n'est mise à la charge des parties. Toutefois, la loi impose aux cessions de titres un formalisme plus ou moins important selon la nature des titres aliénés. »⁷⁶

⁷⁴ « Tel est le cas notamment lorsqu'un donneur d'ordre, sachant que les associés refuseront de l'agrèer, fait acheter les titres par un porteur qui sera susceptible d'obtenir plus facilement l'agrément. La réussite d'un tel montage dépendra également du secret entourant l'opération : si celui-ci est éventé, la sanction retenue par les tribunaux sera la nullité de la cession de titres » (Cass. com., 27 juin 1989. Cf. JEANTIN M. et VIANDIER A., Rev. Dr. bancaire et bourse, 1989, p.176)

⁷⁵ « le portage peut encore servir à organiser l'insolvabilité d'un débiteur ».

« S'il s'agit de parts sociales, le formalisme sera plus important.⁷⁷

Outre ces formalités légales imposées aux cessions de titres, il convient de remarquer que la complexité du portage rend indispensable la rédaction d'un écrit. »⁷⁸

E' altresì necessaria la redazione scritta dell' accordo sottostante che costituisce il contenuto precettivo della convenzione. Questo documento ha valore ad probationem.

§-2. L'attuazione del rapporto. Il profilo patologico

« « L'exécution du portage ne pose pas de problème en soi : si chacune des parties respecte ses engagements, le contrat prendra la forme d'une cession suivie d'une rétrocession à la date et au prix convenus, le tout dans le cadre de la finalité poursuivie⁷⁹. »

⁷⁶ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 110, p. 19.

⁷⁷MORTIER R., *La modernisation du droit des sociétés*, J.C.P. éd. E., 9 octobre 2008, n° 41, 2233, p. 38.

⁷⁸ Ai fini della prova è consigliabile la redazione di un documento scritto da cui emergano il consenso; gli obblighi reciproci delle parti; vendita e prezzo di rimborso; la data di rimborso, l'uso concertato o non di voto.

Secondo la dottrina in commentoIn mancanza di una prova scritta, nessuna delle due parti avrebbe la prova di tali obblighi. Ciò si tradurrebbe in grande incertezza giuridica e contenzioso significativo

⁷⁹ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 68, p. 21.

I problemi possono sorgere se in esito all'operazione, una delle parti non intende adempiere ai propri obblighi, se l'ordinante rifiuta di riacquisto dei titoli o se il porteur rifiuta di vendere,.

*« Exécution d'une convention ou d'un jugement imposée au débiteur sur sa personne ou sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent, et, au besoin, de la force armée, en observant les formalités prescrites par la loi » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige »,2004.*

La dottrina distingue la posizione del porteur che si rifiuta di ritrasferire da quella dell'ordinante che si rifiuta di acquistare. Entrambe le situazioni fisiologiche costituiscono una violazione della neutralità dell'operazione sia dal lato attivo che dal lato passivo.

In particolare:

« Faculté de choisir entre divers partis (accepter ou refuser [...]) conférée, en général pendant un délai déterminé, soit par la loi (option successorale), soit par la convention (option du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente), soit par un testament » : CORNU idem.

la posizione della dottrina francese si spinge a definire l'obbligazione dell'ordinante come un'obbligazione di fare con le conseguenti ricadute in punto di disciplina e imputazione della responsabilità

« *Lorsque le porteur n'a pas levé l'option de la promesse d'achat, la jurisprudence considère le donneur d'ordre comme débiteur d'une obligation de faire : en conséquence ; il peut se rétracter, à charge pour lui de verser des dommages-intérêts au porteur* ».

La dottrina italiana ravvisa dei profili di responsabilità in capo al concedente l'opzione call, ovvero il porteur che si renda inadempiente al patto di opzione procedendo alla vendita a terzi delle azioni opzionate, in modo tale da rendere conseguentemente impossibile la prestazione.

Un tale comportamento, dta l'impraticabilità di una tutela reale o di tipo possessorio in capo all'opzionario dell'opzione call a fronte della sua aspettativa di acquistare, risulta sanzionabile esclusivamente in via contrattuale o precontrattuale.

Sono pertanto possibili due soluzioni alternative a seconda dell'opzione praticata:

a) *responsabilità contrattuale*: il danno risarcibile sarebbe quello da interesse positivo e quindi in sostanza, il danno equivalente a quello che sarebbe derivato a seguito dell'inadempimento del contratto finale che non sia stato possibile concludere. L'opzione in pratica darebbe luogo ad un diritto alla prestazione di un contratto finale;

b) *responsabilità precontrattuale*: riconosce l'opzione come mera fonte di un diritto potestativo preparatorio del contratto finale, con la conseguenza che il suo inadempimento dà luogo solo alla risarcibilità dell'interesse negativo. Questo si attegga ai danni sopportati dalla parte per essere stata impegnata inutilmente nella stipulazione dell'opzione rivelatasi improduttiva. E' prevista altresì la restituzione del premio che è stato pagato.

La dottrina (P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.194-195) rileva però un'ulteriore articolazione della casistica tipologica:

- Ove il concedente l'opzione abbia reso impossibile la conclusione del contratto definitivo (id est caso della distruzione del bene opzionato), l'accettazione dell'opzione non potrà mai portare alla conclusione di un valido contratto. Di conseguenza il titolo di responsabilità sarà precontrattuale.
- Se l'inadempimento non ha portato all'impossibilità della prestazione del contratto definitivo, avendo il concedente alienato a terzi il bene opzionato, si potrà ritenere che l'accettazione dell'opzione determini la conclusione di un valido contratto, sub specie di vendita di cosa altrui, con la conseguenza che il suo inadempimento darà luogo alla connessa responsabilità contrattuale così M VENTRICINI, cit. nt.10, p.311 (con riferimento specifico all'applicazione dell'art.1478-1480).
- Secondo F.GAZZONI, cit. nt.72, p.889 in nessun caso la frustrazione dell'opzione da parte del concedente, in seguito all'alienazione da questi fatta a terzi del bene opzionato, può dar luogo a responsabilità contrattuale.

Secondo P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.196s, la ricostruzione della dottrina tradizionale come accennata supra non può essere accolta perché riduttiva nel caso in cui l'opzione sia accessiva ad un'operazione di portage. Infatti l'opzione è uno instrumentum che funge da coefficiente di corroborazione del ritrasferimento delle azioni dal porteur all'ordinante.

In particolare si nota che:

-in ogni operazione di portage le opzioni incrociate put&call sono funzionali all'impegno del porteur al ritrasferimento delle azioni all'ordinante e al quale sarà espressamente o implicitamente associato un patto di inalienabilità delle azioni;

La struttura binaria del portage, attesa la costruzione in termini di doppia compravendita, comporta che per forza di cose si debba addivenire ad una sequenza di passaggi per integrare la complessità dell'operazione.

Qualora la scansione delle fasi presenti delle lacune, dovute anche al contegno delle parti, che violano l'esecuzione del patto, si fa ingresso ad una fase patologica del rapporto, che la dottrina francese esamina in questi termini.⁸⁰

Si parte da una pronuncia della Cour de cassation en date du 15 décembre 1993⁸¹

Secondo la Corte ,una promessa di vendita o di acquisto non è suscettiva di esecuzione forzata. L' art. 1142 du Code civil dispone che « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Questa soluzione sebbene non accolta in dottrina⁸² nonostante le numerose critiche, è stata confermata da la Cour de cassation con una sentenza del 26 juin 1996⁸³.

L'importanza della pronuncia risiede nell'apparato rimediabile, che viene riconosciuto al beneficiario dell'operazione, in caso di inadempimento del

-il patto di inalienabilità riveste un'inefficacia di stabilizzazione dell'operazione, al fine di garantire l'esecutività della convenzione a monte e di consentire che l'ordinante riacquisti la proprietà delle azioni portate.

-l'inadempimento del patto di indisponibilità, comportando la violazione dell'obbligo di ritrasferimento da parte del porteur è fonte di responsabilità per inadempimento contrattuale.

⁸⁰ Il grado di sicurezza fornito dall'opzione call all'ordinante presenta comunque dei caratteri di criticità

Il puntuale adempimento da parte del porteur non può essere indefettibilmente garantito.

In assenza di altri meccanismi rimediabili a garanzia, per impedire la libera disponibilità da parte del porteur delle azioni non può essere evitato il rischio di abuso da parte di questi.

Meccanismi rimediabili potrebbero essere secondo P.CARRIERE, *le operazioni di portage* cit.p.197, un pegno o un deposito vincolato. Tali strumenti altererebbero però la struttura del portage (l'A. sostiene che "rischierebbero di minare la possibilità di ricostruire l'operazione in termini di genuino portage, gettando su di essa una luce pesantemente simulatoria).

⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993. Cf. AYNES L., D., 1995, p. 87 ; MAZEAUD D, J.C.P.éd. G., 1995, II, 22366.

⁸² COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n⁵^{ème} éd., 2001, n° 76, p. 73 ; LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 117, p. 20 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Cujas, 10^{ème} éd., 1999, n° 356, p. 216 et 217 ; NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 70, p. 22.

⁸³ Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996. Cf. MAZEAUD (D), D., 1997, p. 169.

Porteur. Il rimedio insiste infatti sulla qualificazione giuridica dell'operazione, che a dispetto della struttura binaria, viene considerata unitariamente e teleologicamente orientata ad assolvere una pluralità di finalità :finanziarie giuridiche e fiduciarie. La fiducia pare essere implicitamente inserita nel contenuto del rapporto quale canone informativo.

“Il en résulte que le donneur d'ordre, si l'option n'a pas été levée par le porteur, pourra refuser de racheter les titres à la date convenue. Le porteur ne pourra pas obtenir l'exécution forcée en nature de la vente et n'aura d'autres choix que de demander des dommages et intérêts ». ⁸⁴ Secondo LUCAS⁸⁵ : « La difficulté sera alors de prouver la réalité et la mesure du préjudice subi dont le demandeur entend obtenir réparation. Aussi pourra-t-il être judicieux de stipuler dans la convention une clause pénale fixant la mesure (sous réserve de la faculté de révision reconnue au juge par l'article 1152 alinéa 2 du Code civil) de la somme due en cas de non-respect des conditions de portage »

Il punto nodale è rappresentato dalla difficoltà di provare la realtà e la portata del danno subito, che il richiedente intende ottenere un risarcimento.

Da un punto di vista meramente fattuale viene ad essere evidenziato il problema della prova del danno.

Il danno non può essere valutato in sé ma in rapporto alla complessità dell'operazione tenendo conto delle finalità direttamente e indirettamente perseguibili con la sequenza di atti posti in essere⁸⁶.

⁸⁴ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 70, p. 22.

La dottrina italiana ritiene che la potestà di abuso da parte del fiduciario costituisca proprio un elemento qualificante della fattispecie, che pertanto non può essere escusa tra le opzioni virtualmente praticabili dal porteur inerendo strettamente alla tipologia del portage.

In altre parole non è possibile poter qualificare un'operazione in termini di portage, qualora in capo al porteur difetti la potestà d'abuso.

⁸⁵ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 118, p.21.

⁸⁶ Secondo P.CARRIERE, *le operazioni di portage*, cit.p.197 e 197 nt. 21, che richiama adesivamente L. NANNI, cit. p.164 nt.102, nel caso di trasferimento a terzi anche in mala fede, delle azioni c.d. portate da parte dell'infedele porteur che si rendesse pertanto inadempiente dell'obbligo del loro ritrasferimento in capo all'ordinante all'esito dell'operazione, non ci si potrebbe neanche avvalere della tutela garantita dall'art. 1415 comma 1 c.c. (così testualmente l'A.).

Il pactum fiduciae non sarebbe opponibile al terzo neppure ove questo versasse in uno stato soggettivo di mala fede.

§-3 L'esercizio del diritto di opzione da parte del porteur.

La doppia promessa di acquisto e di vendita dei titoli possono essere presidiati dall'esercizio del diritto di opzione, dal momento che il punto cruciale è rappresentato proprio dal riacquisto che l'ordinante deve effettuare nei confronti del porteur.

L'art.1583 c.c. rende la doppia promessa di acquisto e vendita qualificabile alla stregua di una vendita perfetta: e precisamente in base al testo la vendita « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* »⁸⁷.

L'ordinante avrebbe soltanto diritto ad una tutela risarcitoria essendo esclusa l'applicazione dell'art. 2932 c.c.

⁸⁷ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 70, p. 22

Nello specifico :

- 1) L'ordinante è proprietario dei titoli e debitore dell'obbligo di pagare il prezzo.
- 2) Tuttavia, se l'ordinante si rifiuta di pagare, si devono indagare le altre possibilità offerte dal diritto contrattuale porteur:
- 3) il porteur potrà invocare civilisticamente l'eccezione di inadempimento, nei confronti dell'ordinante che si rifiuta di pagare .
- 4) un'azione di risarcimento dei danni pare essere, secondo la dottrina in commento, una soluzione illusoria quando il cliente è insolvente;
- 6) si può provare ad ottenere la risoluzione giudiziaria della vendita in conformità con l'art. 1654 e seguenti del Codice Civile. Tuttavia non vi è alcuna garanzia che il cliente, soprattutto se si trova in difficoltà finanziarie, abbia i mezzi per rimborsare il porteur. Applicandosi la disciplina della vendita perfetta di conseguenza si opera il trasferimento del rischio e vige l'operatività del principio *res perit domino*:
« *Les actions existaient encore lorsque le porteur a levé l'option de la promesse d'achat dont il bénéficiait, ce qui rendait la vente parfaite et le transfert de propriété immédiat* » (Cass. com., 7 décembre 1993. Cf. CHARTIER Y., Rev. Soc., 1994, p. 72).
« *La perte est pour le propriétaire* » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitiant, P.U.F., 8^{ème} éd., 2000. « ...le donneur d'ordre était déjà propriétaire des actions quand celles-ci ont disparu suite à une réduction du capital ou à une liquidation. C'est pour cette raison que le donneur d'ordre supportera la perte en vertu de l'adage « *res perit domino* » .

In conclusione⁸⁸LUCAS, precisa che ai sensi dell'art L. 211-17 du Code monétaire et financier, il trasferimento della proprietà dei titoli è subordinato alla loro intestazione da parte dell'acquirente, ponendo il problema di verificare l'operazione di portage anche nei confronti della società ai cui la partecipazione si riferisce. Vien infatti ad instaurarsi un rapporto tra le parti che dispiega un necessario riflesso nei confronti della società, anche se condotto in contenuti limiti di tempo che ne giustificano una dimensione precipuamente speculativa.

A questo deve aggiungersi il generale problema dell'opponibilità dell'operazione anche agli altri soci e ai terzi in genere, mediante iscrizione nel libro soci (*"Dans les deux cas, il est crucial que le porteur obtienne rapidement l'exécution forcée de la vente afin de ne pas entrer en concurrence avec des tiers"*⁸⁹).

§-4- Le refus d'exécution du Porteur. il Porteur rifiuta di eseguire la prestazione ponendo in essere un contegno ostativo.

E' possibile che il porteur si rifiuti di trasferire i titoli adducendo strumentalmente che vi è una variazione nel prezzo dei titoli. Si tratta di un caso di patente violazione del principio di neutralità⁹⁰.

⁸⁸ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 116, p. 20.

⁸⁹ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 116, p. 20.

⁹⁰ La dottrina sintetizza così la casistica :

a – l'ordinante non esercita l'opzione di acquisto.

α – il porteur rifiuta semplicemente il trasferimento

viene analizzato il carattere dell'obbligazione violata dal Porteur. Si tratta di un'obbligazione di fare; Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 1993. Cf. AYNES L., D., 1995, p. 87 ; MAZEAUD D, J.C.P.éd. G., 1995, II, 22366. Dans le même sens, Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996. Cf. MAZEAUD D, D., 1997, p. 169. Di conseguenza l'ordinante potrà ottenere l'esecuzione forzata della vendita, malgrado l'opinione contraria della dottrina cfr COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2001, n° 76, p. 73 ; LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 117, p. 20 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Cujas, 10^{ème} éd., 1999, n° 356, p. 216 et 217 ; NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 70, p. 22.

NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *op. cit.*, n° 73, p. 23.

β -il porteur vende i titoli a terzi.

Il porteur può oltre che rifiutarsi di effettuare il ritrasferimento, altresì provvedere a trasferire i titoli ad un terzo, per fini speculativi personali,, vanificando ad un tempo l'operazione fiduciaria e le eventuali pattuizioni parasociali contenute nella convenzione:

in questo caso:

- se il cliente può dimostrare che il terzo acquirente sapeva del contratto di vendita, quest'ultimo è considerato essere in mala fede e la vendita contestata può essere annullata
- questa soluzione è confermata a più livelli dalla giurisprudenza: si veda la sentenza del 26 mai 2006⁹¹, oggetto di successiva conferma⁹². Secondo la chambre mixte de la Cour de cassation, « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, [...] à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ».

Secondo Piazzon,⁹³ la formulazione della sentenza è molto generale e riguarda la violazione di tutti i c.d. patti di preferenza. In questo caso si verifica la surrogazione della posizione dell'ordinante nei confronti del terzo

Se il porteur ha venduto le azioni a un terzo prima dell'esercizio dell'opzione di acquisto, il la situazione sarà diversa a seconda dello stato soggettivo del terzo. Se l'ordinante non è in grado di dimostrare che il terzo acquirente sapeva del contratto di vendita, quest'ultimo sarà considerato in buona fede e l'assegnazione contestata sarà mantenuta. In questo caso, l'ordinante potrà agire contro il vettore per i danni.

« *Si le donneur d'ordre ne peut pas prouver que le tiers acquéreur connaissait l'existence de la promesse de vente, ce dernier sera considéré comme étant de bonne foi et la cession litigieuse sera maintenue. Dans ce cas, le donneur d'ordre n'aura pas d'autres solutions que de se retourner contre le porteur pour obtenir des dommages et intérêts* (Cass. com., 9 mars 1980. Cf. Bull. civ., IV, n° 137, p. 106.)”.

⁹¹ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006. Cf. PIAZZON Th., R.T.D. Civ., 2009, p. 433.

⁹² Cass. 3^{ème} civ., 31 janvier 2007. Cf. MAINGUY D., D., 2007, p. 1698. Cass. 3^{ème} civ., 14 février 2007. Cf. THÉRON J., D., 2007, p. 2444.

⁹³ PIAZZON Th., obs. sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, R.T.D. Civ., 2009, p. 433..

« *la formulation très générale employée par la Cour et la réunion en Chambre mixte de la Chambre sociale, Commerciale et des première et troisième Chambres civiles signifient que tous les pactes de préférences sont concernés, y compris les promesses de vente en matière de droits sociaux. Il n'en demeure pas moins que la substitution n'aura lieu que si le donneur d'ordre prouve que le tiers connaissait l'existence de la promesse de vente .* »

(quello che nella sentenza viene definita come sostituzione), qualora questi riesca a provare il suo stato soggettivo di malafede.

§-5 Le donneur d'ordre a levé l'option (l'ordinante ha esercitato l'opzione)

E' questo il caso in cui l'ordinante esercita l'opzione di acquisto ai sensi dell'art. 1583 du Code civil, ai sensi del quale la vendita « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit de l'acheteur à l'égard du vendeur, dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* »⁹⁴.

Si pone la questione del rifiuto del porteur di effettuare il trasferimento dei titoli sul conto dell'ordinante.

Se si analizza il primo comma dell'art. L. 211-18 secondo cui « *le défaut de livraison ou de règlement constaté à la date et dans les conditions définies dans le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ou, à défaut, par une convention entre les parties délie de plein droit de toute obligation la partie non défaillante vis-à-vis de la partie défaillante, nonobstant toute disposition législative contraire* ».

Si può quindi dare seguito ad una procedura di risoluzione giudiziaria ai sensi dell'art.1660 cc.fr.

« *Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur*». ⁹⁵

⁹⁴ LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 116, p. 20. « *le transfert de propriété des titres cotés est subordonné à une inscription sur le compte de l'acheteur par l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier. Dans le même sens, l'inscription des titres sur le compte de l'acheteur ou sur les registres de la société, selon que les titres sont cotés ou non, conditionne l'opposabilité de la cession aux tiers et à la société* ».

⁹⁵ En dehors de cette résolution, le droit des contrats offre d'autres possibilités au donneur d'ordre :

- Ne pas payer le prix en arguant de l'exception d'inexécution, au risque de ne jamais récupérer les titres alors même que leur valeur a augmenté ;
- Obtenir des dommages et intérêts, à moins que le porteur ne soit insolvable, hypothèse d'école puisque le porteur est généralement un établissement de crédit ;

. Secondo l'Autore il pregiudizio non può che ottenere un ristoro ma non un risarcimento, in quanto la situazione prevista in oggetto della convenzione risulta oramai essere compromessa.

L' A. ritiene altresì che il ricorso al patrimonio fiduciario previsto dai contratti nominati e in particolare dalla fiducie dovrebbe costituire una forma di garanzia maggiore per ottenere l'esecuzione dell'operazione, rispetto ai casi di patologia del portage: « *En l'état actuel de la jurisprudence, l'exécution forcée des droits de préférence ou de promesses de vente portant sur des actions est en effet source de contentieux parfois complexes, longs et coûteux. Comme alternative, il est désormais envisageable de transmettre la propriété des actions concernées à un patrimoine fiduciare, et de donner au fiduciaire la mission d'appliquer scrupuleusement, sans pouvoir d'appréciation, les accords intervenus entre actionnaires* ». ⁹⁶

5)IL PERIMETRO NORMATIVO DELLE OPERAZIONI DI PORTAGE. IL SINDACATO SULLA VALIDITA' DEL RAPPORTO.

Secondo la dottrina francese la validità del portage deve essere indagata su due profili, in relazione al diritto dei contratti e al diritto societario.

§-1- Il rispetto delle norme imperative in tema di contratti

- Obtenir la résolution judiciaire de la vente, conformément aux articles 1610 et suivants du Code civil, ce qui sera également désavantageux pour le donneur d'ordre en raison de l'augmentation de la valeur des titres.

- Obtenir la condamnation du porteur à une astreinte jusqu'à ce qu'il signe l'ordre de mouvement cfr. NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 75, p. 24.

- Obtenir l'exécution forcée de la vente.

In particolare :

La technique de l'astreinte, sans constituer une exécution forcée en nature directe, n'en est pas moins un puissant incitatif à une exécution en nature..., du moins quand le débiteur est solvable » : NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *idem*.

Sul punto anche cfr. REINHARD Y., *Exécution en nature des pactes d'actionnaires*, R.D.C., 2005, p. 115 et s.

⁹⁶ TANDEAU DE MARSAC S., *L'avocat et la fiducie*, Gaz. Pal., 6 août 2009, n° 218, p. 5. Che ravvisa come elemento di criticità del portage l'assenza di una regolamentazione imperativa della conventio sottostante, atteso il manare latissime della libertà contrattuale delle parti, che in caso di patologia del rapporto può inficiare completamente la fase esecutiva dell'operazione.

I limiti posti dal diritto dei contratti attengono alla disapplicazione di convenzioni che integrino operazioni simulate o in frode alla legge. Deve altresì tenersi conto della recente legislazione in tema di patto commissorio.⁹⁷ nonché della normativa relativa all'esecuzione delle procedure collettive⁹⁸ e all'inadempimento del debitore.⁹⁹

⁹⁷ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : Réforme du droit des sûretés. J.O.R.F. du 24 mars 2006, p. 4475

⁹⁸ Cf. article L. 622-7 du Code de commerce.

⁹⁹ Nello specifico il discorso può essere così articolato

α – L'annullamento della convenzione di portage affetta da simulazione o da *fraus legi*.

Come si è avuto modo di sottolineare supra, la letteratura transalpina inquadra le ipotesi patologiche afferenti alla simulazione e alla frode alla legge, all'interno del concetto di apparenza, intesa come apparenza positiva e apparenza negativa.

Il concetto di apparenza ricomprende pertanto una varietà semantica:

- Apparenza/riservatezza come attributo referenziale del programma fiduciario, per il raggiungimento delle finalità ulteriori (anche parasociali) contenute nella convenzione.
- Apparenza/simulazione.
- Apparenza /interposizione reale (caso che però rientra nella fisiologia dell'operazione fiduciaria).
- Apparenza /frode alla legge (intesa come comprensiva dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto).

In particolare le portage « *apparaît bien comme une alternative à une convention de prête-nom permettant de réaliser une véritable simulation* » LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 68, p. 11. Dans le même sens, cf. GUYON Y., *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1999, n° 256, p. 319

Può altresì essere integrata un'operazione feudaolenta.. *Si cette simulation a pour objectif de réaliser une fraude, la convention de portage sera annulée afin de ne prendre en compte que la réalité.* « *Fraus omnia corrumpit* » : « *La fraude corrompt tout* ». Cf. ROLAND H. et BOYER L., *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, éd. L'Hermès, 1979.

L'effetto della simulazione viene riassunto in « *ne rend pas nul ce qui est valable, mais ne rend pas non plus valable ce qui est nul* » MALAURIE Ph. et AYNES L., *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Cujas, 10^{ème} éd., 1999, n° 626, p. 363.

Viene invece ribadita la necessità del controllo causale per scrutinare a monte la validità della convenzione di portage e verificare se vengano integrate delle intese simulate: « *Il faut que le portage ait une cause licite, c'est-à-dire ne soit pas conclu en vue de tourner une réglementation d'ordre public, notamment une interdiction d'acquérir qui atteindrait le donneur d'ordre* » GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1999, n° 256, p. 320.

β - La suspension des pactes commissaires. “IL C.D. NUOVO CORSO DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI PATTO COMMISSORIO”

B - Le respect des prescriptions impératives issues du droit des sociétés
6) Il rispetto delle norme imperative nel contesto societario e in modo particolare la nullità delle convenzioni di voto e il divieto del patto Leonino.

1 - L'annulation des conventions de vote prohibées¹⁰⁰ Il limite della legalità delle convenzioni (di voto nello specifico e parasociali in genere).

Il portage riveste tra le varie finalità quella di gestire l'esercizio del diritto di voto con due ipotesi :

- a) la convezione di portage può stabilire le modalità di esercizio del diritto di voto e dei connessi diritti sociali;

LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 55, p.10 viene segnalato il rischio che il portage suretè possa determinare l'applicazione di un patto commissorio. La situazione deve essere indagata caso per caso attesa la riforma intervenuta nel 2006 che ha ampliato i profili di liceità del patto commissorio.

La Cour de cassation afferma in una sentenza del 13 janvier 1965 1168(Cass. com., 13 janvier 1965. Cf. MARTIN D. R., J.C.P.éd. G., 1966, II, 14469) :
: *en l'espèce, le portage litigieux a été annulé sur le fondement de la prohibition des pactes commissaires, prohibition en vigueur à cette époque.*

Si veda altresì in tema di patto commissorio l'ordonnance du 23 mars 2006 (1169 Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : Réforme du droit des sûretés. J.O.R.F. du 24 mars 2006, p.4475).

¹⁰⁰ Parte della dottrina nostrana (P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.221ss) ritiene che il portage proponga uno schema interpositario di tipo reale e in specie in una forma di fiducia romanistica in cui proprietà /titolarità e possesso/legittimazione delle azioni fiduciate devono correttamente individuarsi in capo al soggetto interposto, il porteur. Se si traduce il discorso nel contesto societario si deve allora ritenere che lo status di socio della società, le cui azioni sono oggetto di intestazione fiduciaria di tipo romanistico, sia il fiduciario/porteur.

Ciò sarebbe vero anche a prescindere dal fatto che in via contrattuale, l'esercizio del voto possa essere riservato al fiduciante /ordinante o debba avvenire da parte del fiduciario/porteur sulla base della convenzione stipulata con il primo.

Di conseguenza in capo al fiduciario (P.CARRIERE, cit.ibidem, nt.79) dovranno essere individuati diritti, obblighi e responsabilità che fanno capo al socio in quanto tale.

Sul punto A.ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di "eterogestione"* (art.24676 comma 7 cod.civ.) in *Banca e borsa*, 2006, p.574.

- b) Le transfert indirect du droit de vote du donneur d'ordre vers le porteur,¹⁰¹ inteso come semplice trasferimento del diritto di voto dall'ordinante al porteur

§-2- La convention de vote à la charge du porteur ¹⁰² IL TRASFERIMENTO DEL DIRITTO DI VOTO A VANTAGGIO DEL PORTEUR.

¹⁰¹ Secondo Cass. req., 23 juin 1941, J. soc., 1943, p. 209.

Si veda altresì Tribunal de commerce de Paris en date du 1er août 1974 ;T.C. Paris, 1er août 1974. Cf. OPPETIT B., Rev. Soc., 1974, p. 685.

« s'il est vrai que la liberté de vote est un principe essentiel, quoique non écrit du droit des sociétés, et que l'actionnaire ne peut valablement aliéner un droit qui n'est pas exclusivement conçu dans son seul intérêt, rien n'interdit de renoncer à cette liberté en renonçant personnellement à la qualité d'actionnaire pour la remettre ouvertement à un être juridique distinct [...]».

¹⁰² C.A. Paris, 30 juin 1995, *Métaleurop*. Cf. DAIGRE J.-J., J.C.P. éd. E., 1996, II, 795.

:MONSALLIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 303, préface de VIANDIER A., L.G.D.J., 1998, n° 513 et s., p. 213 et s. V. *supra*, n° 216 et s.. LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128, n° 87, p. 15.secondo JEANTIN M., *Les conventions de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 129 ;VIANDIER A., *Observations sur les conventions de vote*, J.C.P. éd. E., 1986, 15405, p. 182.

S'agissant du respect de l'intérêt social, cette condition signifie que les conséquences du portage sur la société émettrice doivent être positives ou simplement neutres. Ces conséquences devront s'apprécier in concreto. Un indice pourra être fourni par la finalité du contrat : selon la finalité poursuivie, on peut craindre ou espérer tel ou tel résultat pour la société.

S'agissant enfin du respect de l'ordre public, c'est-à-dire de l'absence de fraude, cela signifie que la convention de vote ne doit pas dissimuler une violation d'une prescription impérative, issue notamment du droit des contrats, du droit des sociétés ou encore du droit fiscal. En présence d'une telle fraude, la convention de vote serait annulée.

Secondo MALAURIE Ph. et AYNES L., *Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations*, Cujas, 10ème éd., 1999, n° 582, p. 332.

Pour conclure sur l'annulation d'une convention de vote prohibée, il convient de remarquer que si cette convention était la condition déterminante de l'acte 1178, son illiceità entraînera la nullité de tout le contrat de portage, en vertu de l'article 1172 du Code civil.

Si tratta del caso della convenzione di voto, con cui il trasferimento del diritto di voto viene praticato a vantaggio del porteur.

Questa tematica schiude il campo all'intersezione della convenzione di portage con la pattuizioni parasociali.

Abbiamo già avuto modo di delineare a livello cursorio il quadro di riferimento. La convenzione di portage manifesta il contenuto fiduciario non solo nella gestione del rapporto base tra ordinante e porteur, ma soprattutto

Nella dottrina nostrana la disponibilità del diritto di voto rientra nella nozione di controllo. Infatti l'art.2359 c.c.nonsi riferisce tanto al controllo delle azioni quanto a quello della società; così P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.234ss.

L'essenza del fenomeno controllo si estrinseca nella possibilità (da intendersi anche come mera virtualità) ad esercitare una influenza dominante nella società (CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2002, p.293).

Si può altresì osservare come in relazione alla ipotesi del controllo interno diretto rilevino solo i diritti di voto che possano essere esercitati per conto proprio, come desumibile a contrario dal secondo comma dell'art. 2359 c.c., dal momento che la norma esclude dal computo i voti spettanti pe conto terzi.

Per questa ragione:

- ❖ Tali voti dovranno essere attribuiti al terzo per conto del quale il voto sia risultato spettante;
- ❖ Secondo P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.236 sostiene che “*se è vero che, in ambito strettamente civilistico, l'agire 'per conto terzi' è generalmente considerato equivalente all'agire nell'interesse altrui, ci parrebbe cionondimeno discutibile far discendere in questa sede, sic et simpliciter, da tale equiparazione la conseguenza che la disponibilità del diritto di voto debba allora necessariamente e automaticamente essere rimessa in capo al soggetto 'nell'interesse' del quale il voto viene concretamente esercitato da altri*”.
- ❖ Bisogna quindi crederci quale sia il coefficiente che permetta di imputare il controllo. Non pare all'A. che questo possa essere individuato nell'interesse genericamente inteso. Occorre pertanto che il soggetto in questione abbia un potere rilevante, nel senso di giuridicamente rilevante, anche se solo di matrice contrattuale, di conferire al soggetto titolare delle azioni, direttive vincolanti. In altre parole è necessaria la spendita di un potere decisionale. Solo in questo caso si potrà dire che il controllo è esercitato per suo conto.
- ❖ Ne deriva una inedita nozione di controllo indiretto essercitato per il tramite di società fiduciaria o interposta persona , i cui voti, come dice il comma 2 devono essere imputati in capo al fiduciante e all'interponente.
- ❖ I voti spettanti alla società fiduciaria e all'interposto devono imputarsi al fiduciante e all'interponente “*in quanto sono ritenuti presuntivamente spettanti ai primi, per conto di questi ultimi, dovendosi a tal fine adottare la medesima interpretazione dell'agire conto*” di cui sopra.

nel profilo attuativo dando ingresso nel rapporto ad una serie di pattuizioni contrattuali accessive alla convenzione di portage.

Si tratta di pattuizioni che conservano il carattere obbligatorio, ma sui cui si produce il riverbero della cusa fiduciae che ha improntato la gestione del rapporto base.

In via di prima approssimazione, si può pertanto segnalare che la dottrina preferisce riferirsi ai c.d. contenuti parasociali del patto, *come l'esplicazione di situazioni indirette di fatto o di diritto connesse alle operazioni di portage*¹⁰³, ipervalutando il profilo descrittivo effettuale, prima di procedere a scrutinare caso per caso la compatibilità delle pattuizioni con le norme imperative che presidiano il diritto societario.

In secondo luogo il portage dà luogo ad un'ipotesi di interposizione reale, in cui l'ordinante non riveste solo il ruolo di fiduciario ma anche di interponente. Quindi l'attuazione del contenuto parasociale del portage contempla l'integrazione di una interposizione azionaria¹⁰⁴. A questo riguardo sul porteur oltre all'investitura reale, grava la posizione di *persona interposta*¹⁰⁵

¹⁰³ Costituisce ius receptum la potenziale elusività del portage, rispetto all'applicazione di norme imperative nel nostro ordinamento. Ciò comporterebbe l'ingresso di questa fattispecie nella nozione di persona interposta, secondo il conio del legislatore in diverse disposizioni societarie e finanziarie, che possono essere definite c.d. situazioni di tipo indiretto.

Possiamo sintetizzarle in questi termini:

-situazioni dinamiche: l'acquisto di azioni;

-situazioni statiche: la titolarità, l'appartenenza, o il possesso di azioni e di diritti di voto.

¹⁰⁴ In questi casi il porteur è descrivibile come soggetto interposto dall'ordinante nell'acquisto, possesso, detenzione di azioni.

Questo status si riflette nella titolarità ed esercizio dei connessi diritti verso la società, i terzi e lo stesso ordinante.

Diviene pertanto oggetto di interesse solo il profilo di elusione della normativa societaria di diritto comune o speciale.

¹⁰⁵ Viene ricompresa ogni ipotesi di interposto fittizio o reale, ma in quanto ritenuto titolare meramente formale della partecipazione e dei voti ad esso spettanti.

Il presupposto comune pare essere costituito dalla soggezione della società fiduciaria e dell'interposto al potere di influenza del fiduciario interponente.

Infine si deve rilevare che questa esplicazione parasociale della conventio è possibile solo perché il portage aderisce ad un modello attributivo sub specie di fiducia romanistica.¹⁰⁶

Nel caso di interposizione reale l'interposto reale esercita il diritto di voto sempre e necessariamente nell'interesse dell'interponente. Secondo la dottrina (P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.240) non si può dire con sicurezza che eserciti il diritto anche per conto di quello. E' necessaria una verifica caso per caso per applicare la nozione codicistica di controllo, anziché procedere ad una applicazione acritica della nozione di controllo indiretto tramite interposta persona.

Qualora si esamini la nozione di disponibilità del diritto di voto si deve ritenere che:

- Questa ricorra in tutte quelle ipotesi in cui sia possibile influenzare e orientare l'esercizio del diritto di voto in assemblea e anche solo per effetto di convenzioni obbligatorie aventi ad oggetto il diritto di voto.
- Nell'interposizione reale (quindi con contiguità strutturale con il portage), il soggetto interponente, ovvero l'ordinante deve essere considerato alla stregua di soggetto controllante, per effetto di una nozione di *controllo interno di tipo diretto* tutte le volte che sia in grado di influenzare il voto in assemblea.
- Qualora il potere di influenza e indirizzo in assemblea, giuridicamente rilevante, non sia identificabile, l'ordinante non può essere ritenuto controllante, anche se l'esercizio di voto da parte del porteur debba necessariamente essere esercitato nell'interesse del primo. In questo caso si esula dalla nozione di controllo, in quanto viene a mancare l'idoneità strutturale perché esso possa essere esercitato.
- La dottrina citata (P.CARRIERE, *ibidem*, p.242) propone allora di considerare l'espressione per conto terzi di cui all'art.2359 comma 2 c.c. nel senso di riferirla alle sole ipotesi di esercizio del diritto di voto sulla base di direttive giuridicamente rilevanti da parte di terzi e non nel senso limitativo della situazione di fatto in cui si contempra il mero interesse altrui, ma in assenza di alcun vincolo.

¹⁰⁶ Sulla base della pretesa riconducibilità del portage al fenomeno dell'interposizione reale e al modello attributivo di tipo romanistico, la dottrina (P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.223-224) valuta quelle situazioni quali quelle degli artt. 2351 e 2362 c.c. che fanno esclusivo riferimento a situazioni di possesso o di appartenenza azionaria, con l'obiettivo di analizzare se queste norme siano in qualche modo applicabili anche in caso di appartenenza o possesso mediato.

Si tratta di verificare se la situazione di possesso/legittimazione che campeggia in caso di soggetto interposto (sia in caso di interposizione fittizia che di interposizione reale) si discosti dallo schema fiduciario adottabile (ovvero romanistico o germanistico) debba essere ricondotto al soggetto interponente.

Sono possibili due opzioni:

a) Si può sostenere che questa soluzione sia praticabile in caso di interposizione fittizia, applicando la disciplina della simulazione.

b) nel caso di interposizione reale la situazione appare essere un po' più complessa.

Questo è il caso previsto dall'art.2362 c.c.nel testo previgente, dove si è trattato di verificare se potesse ravvisarsi attraverso una appartenenza indiretta, un aggiramento

Da un punto di vista comparatistico, la dottrina italiana si pone nel solco di quella francese. Tuttavia risulta essere un dato preferenziale della letteratura nostrana concentrare l'attenzione su alcune tematiche specifiche di intersezione del diritto comune con il diritto societario e che consentono di valutare la tenuta del portage e della convenzione fiduciaria sottostante. Tali elementi possono essere sintetizzabili in:

- a) L'analisi del ruolo giocato dal portage per preconstituire in capo al soggetto interposto l'attivazione di una procedura che consenta all'ordinante interponente di svolgere ruoli ulteriori in ambito gestorio nella società. Ci si riferisce alla possibilità che l'interponente

elusivo del regime di responsabilità illimitata che era previsto dal testo previgente in capo all'unico azionista.

P. MONTALENTI, *Commento all'art. 2362*, in *Il nuovo diritto societario, commentario*, diretto da G.Cottino-E.Bonfante-o.Cagnasso-P.Montalenti, Bologna-Roma, 2004, I, p.461 sostiene che il ricorso a strutture fittizie o fiduciarie per articolare una plurisoggettività finalizzata unicamente ad evitare l'applicazione del regime sanzionatorio previsto per l'unico azionista, deve considerarsi recessivo per effetto del riconoscimento della limitazione della responsabilità in capo all'unico azionista.

L'attualità del tema sarebbe ancora spendibile nel caso in cui l'articolazione di un'interposizione fittizia o reale rispetto ad un unico soggetto assolve molteplici finalità lecite o di segno opposto, che possono verificarsi nella pratica degli affari.

Qualora non si provveda ad effettuare gli obblighi di pubblicità imposti dall'art.2362 c.c. dovrebbe presentarsi un caso di ultrattività del regime di responsabilità dell'art.2362c.c. si tratta del regime di responsabilità illimitata in capo all'azionista interponente che si potesse ritenere unico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2325 c.c.

Si può pertanto sostenere che:

- Risulta determinante valutare se e in che termini il possesso indiretto di azioni per il tramite di interposti reali debba ritenersi rilevante al fine di applicare il regime in questione.
- Si deve altresì valutare se e in che termini il possesso indiretto di azioni per il tramite di interposti reali debba ritenersi rilevante al fine di applicare il regime in oggetto.
- Bisogna altresì valutare se spetti agli amministratori della società, che debbono provvedere agli obblighi pubblicitari in questione, qualora vengano a conoscenza della situazione intestatoria, assumere delle determinazioni, dal momento che sul profilo della responsabilità rientrerebbero nella medesima imputazione ascrivibile al soggetto interponente, che fosse ritenuto unico azionista occulto (per la dettagliata impostazione, qui sommariamente ricostruita si veda P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p. 226-227, con ampio richiamo di dottrina e giurisprudenza).

effettui un ruolo determinante nella gestione delle partecipazioni societarie. Deve essere pertanto indagato come ciò possa avvenire.

- b) La verifica dell' applicazione della normativa dell'attività di direzione e coordinamento in capo al porteur, ai sensi della disciplina del gruppo di imprese in diritto italiano ai sensi dell'art. 2479 ss.¹⁰⁷
- c) Il margine di applicabilità di una possibile ultrattività dell'art.2362 c.c. previgente¹⁰⁸ per definire i rapporti di responsabilità imputabili rispettivamente al porteur e all'ordinante.

¹⁰⁷ Per effetto di tale disciplina campeggia un regime di responsabilità in capo alle società o enti che esercitando attività di direzione e coordinamento di società. Agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societarie e imprenditoriale.

La responsabilità è altresì solidale in capo a chiunque abbia preso parte al fatto lesivo, e nei limiti del vantaggio conseguito, a chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio ex art. 2497 c.c. comma 1e 3.

Sono altresì posti obblighi pubblicitari ex art.2497-bis c.c.

In linea meramente esemplificativa si deve segnalare che per potersi parlare di attività di direzione e coordinamento deve rilevare un requisito di effettività, differenziandosi ex se dalla nozione di controllo che postula invece la sussistenza della mera potenzialità.

Sulla base di queste considerazioni generali, si concorda con la dottrina citata che ritiene :

1. Il controllo risiede in capo all'ordinante per effetto del potere giuridico di influenza del voto, per effetto di convenzioni contrattuali o parasociali; ciò non significa che il medesimo soggetto presenti l'idoneità ad effettuare la direzione e coordinamento, in difetto di identità tra i due concetti.
2. Lo stesso discorso può essere replicato nel caso in cui il soggetto controllante sia il porteur

¹⁰⁸ L'approfondita analisi dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi in passato relativamente all'art.2362 c.c. ha condotto alle seguenti valutazioni (di cui P.CARRIERE, *ibidem*, fornisce dettagliato conto e qui sommariamente indicate):

- ✓ Da un lato la giurisprudenza ha considerato sullo stesso piano sia l'interposizione fittizia che quella reale per determinare l'applicazione dell'art.2362 c.c. all'interponente
- ✓ D'altro canto ha escluso a tali fini l'interposizione reale;
- ✓ La dottrina ha riconosciuto la specificità dell'interposizione reale, non escludendo la possibilità che ricorra alla frode alla legge.
- ✓ Si è ritenuto che debba considerarsi azionista unico il fiduciante germanistico (prevedendo che nel rapporto intervenga una società fiduciaria) che mantenga la proprietà/titolarietà, pur trasferendo la legittimazione in capo al fiduciario.

Nel caso si verta in una situazione di fiducia romanistica, con modello attributivo:

- ✓ Essendo la proprietà e possesso trasferiti in capo al fiduciario, si ritiene che non possa assumere alcuna rilevanza la relazione giuridica di natura meramente obbligatoria esistente tra interponente e interposto (ovvero il *pactum fiduciae* e la

- d) La riconducibilità dell'attività del porteur alla interposizione tramite società fiduciaria o interposta persona ex artt. 2357 comma 5, 2358

convenzione di portage), si è esclusa un'applicazione diretta della norma ai fini della riferibilità dell'appartenenza delle azioni in capo all'interponente, salvo il caso in cui a costui le azioni risultassero girate per procura e lasciate in detenzione;

Un diverso risultato si potrebbe ottenere applicando il paradigma della frode alla legge.

Una volta tracciato il quadro della disciplina previgente si deve chiedere se ciò sia applicabile anche nell'attuale cornice normativa (ora infatti il regime sanzionatorio della responsabilità illimitata viene fatto discendere non dalla situazione di fatto dell'appartenenza delle azioni, quanto dall'omesso regime di pubblicità.

Secondo MONTALENTI, *op.cit.*p.461: "*il legislatore pare aver ancorato la nuova disciplina a precisi indici formali*" in quanto secondo l'attuale formulazione dell'art. in commento le dichiarazioni pubblicitarie a cui sono tenuti gli amministratori devono avvenire entro trenta giorni dall'iscrizione nel libro soci.

Di conseguenza deve ritenersi che:

- I. Si deve dubitare che qualora si verta in un caso di interposizione reale, in cui la legittimazione sia vantata dall'interposto, possa ritenersi omesso il regime pubblicitario predisposto ex lege;
- II. In tali casi non pare configurabile, anche in caso di consapevolezza dell'interposizione da parte degli amministratori, una violazione da parte di questi degli adempimenti pubblicitari,
- III. In caso di situazione di ignoranza da parte degli amministratori, non pare possa gravare in capo all'interposto un obbligo di svelare agli amministratori la situazione sottostante, affinché provvedano a farne debita comunicazione (indicandolo come azionista unico, per provvedere ai conseguenti adempimenti pubblicitari);
- IV. Non può pertanto praticarsi un'applicazione diretta o estensiva dell'art.2362 c.c. al portage;
- V. Né pare si possa invocare l'ermeneusi prospettata alternativamente, in vigenza del precedente art.2362 c.c., che dava ingresso nella fattispecie alla figura della frode alla legge. Atteso infatti che l'adempimento pubblicitario consente l'applicazione del beneficio della limitazione della responsabilità, non pare possibile ipotizzare un'utilità marginale ricavabile da un eventuale comportamento elusivo. Tuttavia secondo P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.231, qualora si voglia assicurare la disapplicazione di qualsiasi forma di applicazione sostanzialista della regola iuris, si può consigliare, in costanza di operazione di portage ad effettuare l'adempimento pubblicitario con conseguente disclosure del congegno interpositivo predisposto a monte dalle parti, in seno alla convenzione (*pactum fiduciae*). Nel caso ci si limiti a pubblicare secondo le disposizioni vigenti il dato inferenziale dell'appartenenza totalitaria delle azioni al porteur, questi beneficerà della limitazione della responsabilità. Si deve altresì valutare che tale comunicazione possa attivare un procedimento di riconducibilità del fenomeno interpositivo all'ordinante, anch'esso totalitario, con conseguente possibilità applicativa della sanzione ex art. 2325 c.c in caso di omessa comunicazione.

comma 7; 2359-bis comma 6, 2360; 2427 comma 1, n.5, 2428 comma 2, n 3.¹⁰⁹

- e) La nozione di controllo direzione e coordinamento nelle operazioni di portage¹¹⁰;
- f) La disciplina dei rapporti parasociali tra ordinante/ interponente e porteur/ interposto alla luce della c.d. vendita del voto¹¹¹; ed la connessa tematica della c.d. inscindibilità dell'azione¹¹²

¹⁰⁹ Se si considerano quelle disposizioni che fanno esplicito riferimento all'ipotesi di un'interposizione tramite società fiduciaria o per interposta persona, la possibilità di ritenere applicabile la disciplina in capo all'ordinante in virtù di un'esplicita considerazione del sistema interpositivo non pare porre particolari dubbi così P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.231. L'A. ritiene che non vi siano particolari problemi applicativi in caso di interposizione fittizia, mentre parrebbe più complessa la situazione in caso di interposizione reale.

Si devono considerare due ipotesi:

- a) Fiducia germanistica: non paiono porsi problemi applicativi;
- b) Fiducia romanistica: considerando la natura meramente obbligatoria della relazione che lega ordinante/interponente e porteur/ interposto, può apparire dubbia l'imputazione in capo all'ordinante degli acquisti ex art. 2357 c.c.e art.2359-bis, delle garanzie ex art.2358 c.c., degli atti di sottoscrizione ex art.2360 c.c. o del possesso ex art. 2427 e 2428, riconducibili direttamente al porteur.
- c) Una delle finalità perseguite dalla disciplina dell'acquisto delle azioni proprie deve ravvisarsi nel rischio di una indebita influenza autoreferenziale degli amministratori sull'assemblea. In questo caso deve quindi anche tenersi in conto il dato dell'influenza gestoria che l'interponere potrebbe virtualmente attivare, anche se su di un piano meramente interno, in virtù della relazione obbligatoria a carattere fiduciario intrattenuta con l'interposto.
- d) Anche in questo caso deve essere scrutinata nei margini supra delineati l'applicabilità di un agire dell'interposto e dell'interponente che integri una *fraus legi* ex art. 1344 c.c.

¹¹⁰ si tratta di valutare se e in che termini il soggetto interponente/ordinante possa essere considerato come soggetto controllante ultimo o indiretto con riferimento alle ipotesi di controllo interno di diritto o di fatto, in relazione alle ipotesi previste dall'art.2359 c.c. comma 2, secondo cui si debbono computare anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto terzi. L'importanza della questione si evince qualora si considerino le norme che fanno riferimento alla nozione di controllo.

Si consideri che ai sensi e per gli effetti dell'art.2359 c.c. la nozione di controllo che rileva è quella che ha per oggetto la società e non le azioni.

Ciò comporta che a rilevare sia la disponibilità del diritto di voto.

¹¹¹ La ricostruzione del portage in termini di fiducia romanistica, ovvero di operazione strutturata mediante l'esecuzione di un modello attributivo ha indotto parte della dottrina ad indagare se questo istituto costituisca un terreno elettivo per precostituire un espediente parasociale che favorisca la possibilità di rendere coercibili i patti parasociali.

In altri termini ci si chiede se il portage possa essere uno strumento per attuare delle pattuizioni parasociali e quindi attribuire efficacia reale alle intenzioni delle parti di consentire al parasocio /porteur l'esercizio del diritto di voto. Così P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.256s.

Secondo l'A. il ricorso al portage sarebbe funzionale ad evitare il caso che il parasocio/ordinante, che in un secondo momento volesse sottrarsi agli obblighi assunti, possa opporre strumentalmente i limiti, per le società che fanno ricorso al capitale di rischio, derivanti dal divieto di cui all'art. 2372 c.c. di conferire delega per la rappresentanza in più di un'assemblea, ovvero possa procedere a revocare ex art. 2372 comma 3 c.c. la delega che fosse conferita per più assemblee.

La dottrina in tema di patti parasociali (TRIMARCHI, *Coercibilità dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. Bonelli e P.J. Jaeger, Milano, 1993 nt. 57, p.115; G.A.RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1995, p.675, nt.57, p.656; TUCCI, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari 2005 nt. 80, p.143) ha elaborato dei congegni per conferire efficacia sociale alle pattuizioni parasociali.

Nello specifico si possono citare: la girata per procura, il deposito con mandato irrevocabile, la comproprietà, la holding, l'intestazione fiduciaria.

Secondo RESCIO, *I sindacati*, cit. p.657, l'art. 2372 non presenterebbe un ambito applicativo nei casi di intestazione fiduciaria. Il fiduciario infatti vota in nome proprio, anche se per conto dei fiducianti.

Si prenda il caso in cui il portage risulti finalizzato ad eludere i limiti di cui all'art.2372 c.c., alla luce della dottrina francese che ha elaborato il concetto di *habilité permise* (si veda per esame dettagliato della fattispecie e delle possibili implicazioni, P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit.p.257-258).

Secondo la dottrina citata l'assetto delle operazioni di portage strutturate con un modello attributivo, che presuppongono pertanto un trasferimento fiduciario della proprietà secondo il sistema della c.d. fiducia romanistica, costituiscono un presupposto per poter costruire la fattispecie in modo eversivo rispetto alla ratio dell'operazione medesima.

In altre parole secondo questa ricostruzione, la realtà dell'attribuzione, associata al carattere di necessaria stabilità della proprietà economica conferita, come instrumentum, fanno campeggiare sempre il rischio di poter predisporre delle strutture elusive, che realizzino scopi ulteriori non leciti, coperti dal nomen iuris del portage.

In realtà l'impiego elusivo è sempre possibile ma deve essere valutato all'interno dei tratti semantici della casistica determinata (cioè caso per caso) atteso che il portage si presenta come struttura innominata, o come altra parte della dottrina ritiene a causa variabile, e quindi come tipologia negoziale strutturalmente idonea a perseguire finalità eterogenee (sempre però in un perimetro applicativo determinato dal relativo controllo causale).

Passando invece ad esaminare espressamente la natura parasociale delle pattuizioni contenute eventualmente nel portage, queste possono manifestarsi nelle modalità convenute dalle parti per disciplinare il contegno che dovrà tenere il porteur nell'esercizio del diritto di voto.

Il portage non sarebbe ex se uno strumento per attuare una convenzione parasociale.

Il portage quindi non sarebbe un congegno negoziale il cui fine si compendierebbe nel mero trasferimento della titolarità del diritto di voto dall'ordinante al porteur. Il diritto di questi ha invece una natura diretta e originaria e deriva dal trasferimento (quindi dall'investitura reale) delle azioni (così P.CARRIERE, *ibidem*, p.259 e 259, nt.176).

§-3. Il divieto del patto leonino¹¹³

Di differente valenza è invece il rapporto attivato dal porteur che 1) attribuisce all'ordinante la titolarità del diritto di voto; 2) conferisce all'ordinante poteri di ingerenza nell'attività sociale, che si estrinsecano nel contegno (rectius: nelle modalità del contegno tenuto) del porteur.

In questo caso verrebbe a riproporsi la dicotomia tra due tipologie di convenzioni:

- a) Quelle che hanno ad oggetto la titolarità del diritto di voto; che vengono riconosciute contrarie al principio delle inscindibilità dell'azione;
- b) convenzioni che disciplinano le sue modalità di esercizio; che invece hanno goduto di una progressiva recezione giurisprudenziale, sino a divenire un vero e proprio *ius receptum* attraverso un'apposita consacrazione normativa.

¹¹² In dottrina (RESCIO, *I sindacati*, cit. p.491) deve essere registrata un'opinione contraria rispetto alla ricostruzione dominante che considera le convenzioni aventi ad oggetto la titolarità del diritto di voto contrarie al principio di inscindibilità dell'azione.

Infatti sono rilevabili delle eccezioni sia in base alla normativa del pegno che dell'usufrutto che del riporto.

Nel riporto in modo particolare il carattere reale dell'apozizione giuridica che viene a crearsi per effetto dell'esecuzione del contratto, sarebbe una giustificazione della possibilità di effettuare delle pattuizioni sulla titolarità del voto, quando le azioni siano oggetto di vendita a termine iniziale o finale, oppure con riguardo al periodo intercorrente tra la conclusione del contratto e la scadenza del termine.

Sarebbe in altri termini la titolarità o l'aspettativa di titolarità reale dell'azione a giustificare convenzioni di voto che abbiano ad oggetto l'azione medesima.

Secondo questa ricostruzione questa sarebbe la situazione tipica che verrebbe a campeggiare in un'operazione di portage. In capo all'ordinante infatti viene a ricostruirsi un'aspettativa di rendersi cessionario delle azioni del porteur, per effetto del riacquisto che provvederà ad effettuare della loro titolarità.

Così secondo P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit.p.261, sarebbe lecita una convenzione che disciplinasse il ritrasferimento del diritto di voto in capo all'ordinante. Secondo l'A. il limite della tesi in esame diviene evidente nel caso in cui il portage sia da attivare come operazione riservata. La convenzione parasociale determinerebbe un disvelamento con pregiudizio di quelle istanze di riservatezza che spesso si accompagnano al portage medesimo.

¹¹³ Determinante in un'operazione di portage è il requisito della neutralità. L'intervento del porteur in ogni operazione di portage deve risultare disinteressato rispetto alle sorti della società, sulle cui azioni opera il meccanismo della compravendita. Compravendita che come si è visto può risultare corroborata (o se si preferisce presidiata) dalle opzioni put & call. Congegno rimediabile questo che favorisce in capo al porteur la sicurezza di riottenere in esito all'operazione le stesse somme anticipate a titolo di prezzo, nella fase iniziale della compravendita.

La neutralità che caratterizza il profilo effettuale dell'operazione di portage si declina con differenti modalità:

- a) In questo modo viene del tutto reso neutro il c.d. contenuto patrimoniale del servizio prestato (al netto della retribuzione per il servizio reso).

Il carattere di neutralità rivestito dal servizio reso dal porteur ¹¹⁴si riflette sulla possibile intersezione dei rapporti parasociali interni (fiduciari) con il divieto del patto leonino, che costituisce criterio che governa la ripartizione degli utili e delle perdite.

In diritto francese il divieto risulta dalla seconda alinea de l'article 1844-1 du Code civil.: « *la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant*

b)Ne deriva che anche in base ad una considerazione prognostica il valore o l'andamento della quotazione delle azioni debba rivestire un valore di neutralità in ordine al profilo esecutivo e in punto di effettività dell'operazione.

c)Inoltre il porteur dovrà essere indennizzato di ogni eventuale ricaduta negativa dell'operazione da parte dell'ordinante.

d) il porteur non deve altresì trarre alcun vantaggio dal servizio reso al di fuori della remunerazione pattuita.

¹¹⁴Segnala P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.245-6, che diviene determinante garantire la neutralità del porteur, per poter inquadrare l'operazione nel portage. La neutralità viene scrutinata in una dimensione positiva e negativa, in relazione al contegno che il porteur e l'ordinante debbano tenere affinché questa sia garantita. In altre parole vengono censiti quei contegni che divengono strutturali nell'esecuzione del rapporto per assicurare il c.d. disinteresse del porteur nei confronti della società sulle cui azioni si opera. Vengono pertanto a presentarsi le seguenti ipotesi:

- la spettanza dei dividendi non può che essere imputabile al porteur in virtù della qualità di azionista vero.
- E' vero anche che i dividendi riscossi dal porteur devono essere immediatamente retrocessi all'ordinante nel corso del rapporto, o alla scadenza di questo, contestualmente al ritrasferimento delle azioni.
- Per garantire la neutralità finanziaria del porteur è necessario che l'ordinante indennizzi il porteur da tutte le ricadute fiscali, che possano essergli imputate per effetto della percezione dei dividendi.
- La convenzione di portage dovrà disciplinare la sorte delle nuove azioni derivanti da successivi aumenti di capitale. In questo caso è previsto che l'ordinante estenda alle nuove azioni, esercitabili a parità di prezzo, tutti i diritti derivanti dall'opzione call (che di conseguenza sarà esercitabile nei confronti a tutte le nuove azioni assegnate gratuitamente al porteur in corso di rapporto).
- Il meccanismo della doppia compravendita garnatisce altresì strutturalmente il porteur, anche attraverso la predisposizione di espliciti obblighi negoziali di manleva da ogni rischio di perimento fortuito delle azioni e da ogni possibile responsabilità che possa eventualmente investire il porteur verso la società o la compagine sociale per effetto del suo status di socio.

un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ». ¹¹⁵

§-4. Le soluzioni della giurisprudenza- Secondo parte della dottrina ¹¹⁶ i criteri della validità del portage devono essere individuati su base casistica e pertanto deve essere osservato quale sia l'atteggiamento della giurisprudenza sul tema.

a – La tesi de la première chambre civile :il portage comporta sempre un contrasto con la normativa in tema di patto leonino (id est : le portage est toujours léonin)

Secondo la première chambre civile ¹¹⁷, *sont léonines toutes les conventions qui prévoient le rachat de droits sociaux à un prix minimum garanti.*

Questa posizione è stata affermata sin dal 1987 con una nota sentenza du 7 avril 1987. La sanzione individuata è quella della invalidità dell'operazione. Tuttavia analizzando la casistica tipologica delle situazioni in cui viene praticato il portage, questa conclusione non può essere accolta acriticamente.

Infatti di solito per operazioni di ristrutturazione finanziaria di ampio respiro si procede attraverso l'affidamento del ruolo di porteur ad un istituto di

¹¹⁵ « *Le problème est que le contrat de portage semble a priori heurter cette prohibition. Le contrat prévoit le rachat par le donneur d'ordre à un prix qui ne peut être inférieur à celui versé par le porteur pour acheter les titres, le tout majoré par l'intérêt ou l'indemnité convenue pour rémunérer le porteur. En conséquence, si la valeur des titres a diminué ou augmenté au moment du rachat, le porteur ne devra ni supporter la perte ni bénéficier de la plus-value. Il est exonéré des pertes et exclu du profit, ce qui constitue théoriquement un pacte léonin* » NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 15, p. 5.

¹¹⁶ NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 15, p. 5.

¹¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 1987. Cf. CHAMPAUD C. et LE FLOCH P., R.T.D. Com., 1988, p. 66 ; GERMAIN M., J.C.P. éd. E., 1988, II, 15133 ; JEANTIN M. et VIANDIER A., Rev. Dr. bancaire et bourse, 1987, p. 92 ; MESTRE J., R.T.D. Civ., 1987, p. 744 ; RANDOUX D., Rev. Soc., 1987, p. 395 ; VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J., J.C.P. éd. E., 1987, I, 16644.

credito. In secondo luogo il porteur che accetta di contrattare, versa le proprie condizioni nella convenzione di portage, che da un punto di vista funzionale si pone come un *pactum fiduciae* accessivo ad un contratto di servizio. Di modo che la neutralità del porteur dovrebbe pertanto disapplicare ex se ogni effetto di eventuali clausole leonine.

b - Le tesi de la chambre commerciale : l'analyse de l'objet. IL RISPETTO DELLA LIBERTÀ CONTRATTUALE E L'ANALISI CASISTICA.

- La chambre commerciale ammette la validità di una promessa di acquisto effettuata al di sotto di un prezzo minimo garantito. In particolare si veda la sentenza *Bowater* du 20 mai 1986¹¹⁸ secondo cui è necessario procedere « à vérifier si la fixation au jour de la promesse d'un prix minimum avait pour effet de libérer le cédant de toute contribution aux pertes sociales, dès lors que la convention litigieuse constituait une cession ».

La convenzione pertanto non contravviene al divieto del patto leonino « même entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux ».

Deve essere quindi analizzata la casistica specifica, nonché deve essere verificata l'assenza di frode nell'operazione.

Quindi la libertà contrattuale è sovrana nella disciplina dell'operazione con il solo limite della frode.

Questa regola è confermata da una sentenza du 10 janvier 1989¹¹⁹

Si deve altresì notare che le sentenze del 1986 e del 1989 si riferiscono alle promesse (unilaterali) di acquisto. L'analisi quindi deve vertere su ogni singolo segmento dell'operazione. Bisogna prima individuare la fattispecie di riferimento e quindi prima di analizzare le maglie applicative del divieto in esame, è necessario individuare se lo schema legale del portage sia integrato o meno..

Con una sentenza del 19 mai 1992¹²⁰ la chambre commerciale si pronuncia invece espressamente sullo schema legale del portage riconoscendone la

¹¹⁸ Cass. com., 20 mai 1986. Cf. BOUSQUET J.-C., D., 1987, p. 390 ; CHAMPAUD C. et LE FLOCH P., R.T.D. Com., 1987, p. 66 ; GERMAIN M., J.C.P. éd. N., 1986, p. 221 ; HONORAT J., Defrénois, 1986, art. 33950, p. 609 ; JEANTIN M. et VIANDIER A., Rev. Dr. bancaire et bourse, 1987, p. 92 ; RANDOUX D., Rev. Soc., 1986, p. 587 ; REINHARD Y., R.T.D. Com., 1987, p. 206 ; VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J., J.C.P. éd. E., 1986, I, 15846.

¹¹⁹ Cass. com., 10 janvier 1989. Cf. FORSCHBACH T., D., 1990, p. 250 ; LE CANNU P., Bull. Joly, 1989, § 81, p. 256 ; VIANDIER A., J.C.P. éd. E., 1989, II, 15492.

validità: « *opération qui manifestement correspondait bien à un portage* »¹²¹
Nello specifico la promessa di acquisto inserita nel contesto del portage « *que de permettre, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession d'actions [...] à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties* », di conseguenza « *la convention litigieuse n'avait pas porté atteinte, dans les termes del'article 1844-1 du Code civil, aux statuts de la société dont les titres étaient ainsi cédés* ».

Una seconda sentenza del 24 mai 1994¹²², chiarisce definitivamente la situazione Il portage risulta valido se « *la cession initiale avait été complétée par des promesses croisées de rachat et de vente des mêmes actions libellées en des termes identiques au profit de chacune des parties contractantes, ce dont il résultait que celles-ci avviene organisé, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession des actions litigieuses sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapporto sociaux* ».

Secondo¹²³ BERTREL il pregio della decisione consiste nel perimetrare quale sia il campo della normativa societaria che riveste un carattere imperativo e quale sia invece il diritto comune a cui le parti possono liberamente attingere, nell'esercizio della libertà contrattuale per realizzare i loro interessi.

Infine la sentenza della Cour de cassation, chambre commerciale, del 16 novembre 2004¹²⁴ secondo cui la promessa di acquisto di azioni con un prezzo minimodi cessione « *ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil dès lors qu'elle n'avait pour objet que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux*

¹²⁰ Cass. com., 19 mai 1992. Cf. COURET A., Bull. Joly, 1992, § 242, p. 747 ; LE CANNU P., Bull. Joly, 1992, p. 779 ; LE NABASQUE H., Droit des Sociétés, 1992, n° 209.

¹²¹ LE NABASQUE H., *idem*.

¹²² Cass. com., 24 mai 1994. Cf. CHAMPAUD C. et DANET D., R.T.D. Com., 1994, p. 721 ; COURET A., D., 1994, p. 503 ; FRISON-ROCHE M.-A., R.J.D.A., 1994, n° 1034, p. 813 ; GERMAIN M., Rev. Dr. bancaire et bourse, 1994, p. 176 ; LE CANNU P., Bull. Joly, 1994, § 214, p. 797 ; LE NABASQUE H., Droit des Sociétés, 1994, n° 141, p. 15 ; REINHARD Y., Rev. Soc., 1994, p. 708.

¹¹⁸⁸

¹²³ BERTREL J.-P., *Portage de droits sociaux*, Rép. Sociétés Dalloz, octobre 1995, n° 35, p. 6.

¹²⁴ Cass. com., 16 novembre 2004. Cf. CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G., J.C.P. éd. E., 2005, I, 131 ; CHAMPAUD C. et DANET D., R.T.D. Com., 2005, p. 111 ; LE NABASQUE H., Rev. Soc., 2005, p. 593 ; LIENHARD A., D., 2004, p. 3144 ; LUCAS F.-X., R.D.C., 2005, p. 396 ; MATHEY (N.), Bull. Joly, 2005, § 45, p. 270 ; PORACCHIA D., Droit & patrimoine, février 2005, p. 133.

entre associés et qu'elle était sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux, peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat ».

La chambre commerciale de la Cour de cassation giustifica la propria posizione rilevando che l'oggettod ella promessa rientra nell'*agere licere* dei paciscenti : « *avait pour objet [...] d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties en assurant à M. Rossler, lequel est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante* ».

La chambre commerciale de la Cour de Cassation conferma questo orientamento :

- La sentenza *Textilinter* del 22 février 2005¹²⁵ qui relève notamment que « *le bénéficiaire ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité, ce dont il résulte qu'il restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions* ».

La sentenza *Bourgoin* del 27 septembre 2005¹²⁶ a conferma della Cour d'appel : « *ayant relevé, se référant à l'ensemble des conventions liant les parties, quel la promesse litigieuse tendait à assurer à la société CDR Participations, qui est avant tout un bailleur de fonds, le remboursement de l'investissement auquel elle n'aurait pas consenti sans ce désengagement déterminant, et retenu que cette promesse avait ainsi pour objet d'assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la fixation au jour de la promesse d'un prix minimum de cession ne contrevenait pas aux dispositions de l'article 1844-1 du Code civil, peu important à cet égard qu'il s'agisse d'un engagement unilatéral de rachat* ».

Nell'ordinamento italiano il divieto del patto leonino è sancito dall'art.2265 c.c, che dichiara nullo il patto con cui uno o più soci sono esclusi dalla partecipazione agli utili o alle perdite. Sebbene sia una normativa contenuta nella società semplice, la dottrina l'ha sempre interpretata come applicabile anche alle società di capitali.

Nel perimetro applicativo del divieto sono ricompresi i seguenti passaggi:

¹²⁵ Cass. com., 22 février 2005. Cf. CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G., J.C.P. éd. E., 2005, I, 1046 ; CHAMPAUD C. et DANET D., R.T.D. Com., 2005, p. 344 ; HOVASSE H., J.C.P. éd. E., 16 juin 2005, n° 24, 938 ; KESSLER G. D., 2005, p. 973 ; LE NABASQUE H., Rev. Soc., 2005, p. 593 ; LIENHARD A., D., 2005, p. 644 ; LUCAS F.-X., Bull. Joly, 2005, § 229, p. 961 ; R.D.C., 2005, p. 776.

¹²⁶ Cass. com., 27 septembre 2005. Cf. COURET A., Bull. Joly, 2005, § 13, p. 92.

- a) il divieto di stipulazione di patti di esclusione del socio dagli utili e di esonero dalle perdite viene considerato un principio immanente in tutto il diritto societario¹²⁷.
- b) Secondo parte della dottrina, nello specifico, il divieto di patti di esonero dalle perdite, concreterebbe un vero e proprio principio di ordine pubblico, in base al quale deve instaurarsi una correlazione tra rischio e potere, per poter identificarsi lo status di socio.
- c) Si ritiene che il divieto in oggetto sia applicabile oltre che ai patti di natura statutaria anche a quelli di natura contrattuale e parasociale e alle clausole put & call a prezzo predefinito

L'ipotesi c) pare essere quella maggiormente contigua con il portage.

Proprio partendo da una valutazione empirica della suddetta ipotesi, si è ritenuto da parte di recente dottrina¹²⁸ di procedere ad una revisione critica circa il margine applicativo del divieto in oggetto.

La dottrina critica sul punto (analizzando la tradizionale disciplina codicistica del pegno, dell'usufrutto e del sequestro di azioni, del contratto di riporto, delle azioni di godimento, nonché della nuova disciplina post – riforma di cui agli artt. 2346 comma 4 e art. 2351 comma 5), porterebbe ad escludere che il principio di correlazione tra rischio e potere costituisca un coefficiente referenziale del nostro ordinamento, al punto da essere un principio immanente del diritto societario.

Al contrario, si riterrebbero lecite o quantomeno facoltizzate una serie di situazioni, che prima sarebbero state considerate attratte nel perimetro applicativo del divieto, sulla base del principio di necessaria correlazione tra rischio e responsabilità.

Nello specifico:

- I. L'esercizio del diritto di voto può spettare ad un soggetto animato da una propensione al rischio diversa o opposta a quella del proprietario o di colui a cui fa capo il rischio di impresa.
- II. Devono allora ritenersi validi quegli accordi che risultano essere consueti nelle convenzioni di portage, che abbiano espressamente¹²⁹

¹²⁷ F. GASPERONI, *Convenzione di esonero dalle perdite e titoli azionari*, in *Dir e pratica commerciale*, 1940, II, p.169; L.GUGLIEMUCCI, *Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziarie regionali private*, in *Riv. Societ.* 1980, p.1196; G. MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Contr.e Impr.* 1988, p.771.

¹²⁸ BARCELLONA, *clausole put&call a prezzo predefinito-fra divieto di patto leonino e principio di corresponsività*, Milano, 2004, nt.12, p.56.

¹²⁹ e quindi non solo indirettamente come avviene per le opzioni put&call a prezzo predefinito, ovvero per effetto della doppia compravendita a prezzo fisso, come si attua nel contratto di riporto o nelle operazioni di portage).

come contenuto la traslazione del rischio, attraverso la stipulazione tra le parti di un accordo per l'indennizzo delle perdite o di cessione degli utili.

- III. Anche la liceità di tali accordi di natura contrattuale o parasociale per effetto della ricostruzione precedentemente esposta non si possono escludere. Se si verte nel caso di accordi aventi ad oggetto la cessione degli utili, la dottrina provvede a considerare tali rapporti come una lecita disposizione di elementi patrimoniali da parte del legittimo titolare. Questo atto di disposizione può assumere la vestizione giuridica della monetizzazione di una chance¹³⁰ o un *emptio spei*¹³¹. Comunque si tratterebbe di situazioni contrattuali connotate dall'alea, di indubbia validità sul piano civilistico, nonostante ciò comporti l'effetto di deresponsabilizzare il cedente.
- IV. Si è altresì ritenuto valido un accordo di traslazione del rischio di perdite in capo ad un soggetto diverso dall'azionista su cui solamente queste continueranno a gravare originariamente e direttamente.

7)CONCLUSIONI:

Tracciamo ora alcuni profili di sintesi circa l'indagine compiuta sul portage, nella sua veste di prototipo di fiducia/gestione, riservandoci di approfondire i passaggi segnalati, nella successiva Sezione III, alla luce del rapporto con le altre fattispecie fiduciarie presenti nell'ordinamento.

- a) Il portage si atteggia a *contrat innommé*, le cui regole di default sono identiche a quelle dei *contrats nommés*; per questa ragione viene definito sui generis ed occupa una posizione specifica in seno alle fattispecie fiduciarie e centrale in quelle finanziarie.
- b) La regolamentazione del portage risiede precipuamente nella prassi e nella libertà contrattuale: « le portage ignore la loi : la loi ignore le portage ».
- c) Importa un trasferimento fiduciario di proprietà temporanea giocandosi una spendibilità maggiore rispetto a fattispecie contigue come le *prêt de titres financiers* o la *pension* (che sono contratti nominati)
- d) Presenta una flessibilità maggiore rispetto agli altri contratti finanziari che operano nel medesimo perimetro causale

¹³⁰ BARCELLONA, *op.cit.* p.51.

¹³¹ P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.255.

- e) Il portage a fine di gestione è strumento di trasferimento del diritto di voto, aprendo il varco all'inserimento nella convenzione sottostante di pattuizioni a contenuto parasociale. .
- f) Può svolgere anche la funzione di garanzia di un credito, anche se per la maggioranza della dottrina si tratta di una funzione divenuta recessiva.

Secondo la dottrina¹³² nostrana, in linea sul punto con quella d'Oltralpe, nel portage da un punto di vista strettamente civilistico non si può riscontrare un elemento autonomo di corrispettività nella cessione dei benefici associati alle azioni. Altresì non può essere ravvisabile un'autonoma giustificazione causale nella prestazione indennitaria della traslazione dei rischi dal porteur all'ordinante, dal momento che l'una troverà nell'altra la sua giustificazione causale, in coerenza con quella che viene ad essere la causa tipica del portage, ovvero il servizio prestato dal porteur all'ordinante.

La citata dottrina arriva, allora, a delineare un quadro in cui il portage (strutturato come doppia compravendita assistita da specifiche pattuizioni di cessione dei benefici e di traslazione di perdite) non presenti profili di incompatibilità con il divieto del patto leonino ex art. 2265 c.c. (nel senso che il divieto del patto leonino non è applicabile al portage). La ratio viene ravvisata nella evidente natura extrasociale o extrastatutaria dell'articolazione negoziale e di tali pattuizioni e della loro efficacia meramente interna e obbligatoria, pur finalizzata a garantire al porteur la piena neutralità, ad ogni effetto negativo o positivo per effetto della sua causa qualificante.¹³³

Sarebbe cioè il carattere accessivo della pattuizione, con contenuto fiduciario, viene a determinare una sottrazione del portage (rectius delle operazioni di portage) dalle maglie del divieto del patto leonino.

Ciò però a nostro avviso vale a effettuare una duplice valutazione in ordine ai c.d. effetti societari del portage.

- 1) Il portage o per meglio dire la convenzione di portage ipervaluta il rapporto intersoggettivo tra porteur e ordinante, coordinato da due traiettorie: a) -il portage come veicolo di intese fiduciarie intersoggettive; b) Il portage come conventio esterna alla struttura societaria, ma dotata di idoneità intrusiva nel sistema attraverso un'alterazione (virtuale o effettiva-temporanea o definitiva) della compagine sociale.

¹³² P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.255s.

¹³³ Così P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.256.

Si tratta quindi di valutare se la normativa societaria debba arrestarsi dinnanzi al profilo formale esterno della conventio (che internamente è impronata da un coefficiente fiduciario) oppure debba trovare applicazione sulla base del rilievo sostanziale di questa (ovvero della sua idoneità ad esercitare ricadute di rilievo ponderale nella gestione societaria).

SEZIONE II

LES FIDUCIES INNOMMÉES

Le fiducie innominate sono quelle che esistono prima dell'introduzione della fiducie nel codice civile, così la dottrina francese procede nella manualistica di settore alla definizione di queste fiducie, partendo da un dato meramente empirico.

Come avremo modo di approfondire si pongono due problemi di ordine sistematico:

- 1- Il rapporto di queste fattispecie con le fiducie nominate
- 2- Il loro margine applicativo in rapporto al concetto di fiducia nell'ordinamento francese

Secondo la dottrina « *Non reconnue comme telle par notre droit positif, la fiducie s'y rencontre cependant de-ci de-là, innommée ou autrement nommée* ¹³⁴ ».

Secondo Witz¹³⁵ le fiducie innominate sono direttamente riconducibili ad alle operazioni fiduciarie in Lussemburgo e sostiene che « *la fiducie fait penser à un cours d'eau qui coule de manière souterraine dans certains pays et au grand jour dans d'autres* »¹³⁶.

¹³⁴ GRIMALDI M., *idem*.

¹³⁵ WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Thèse, préface de SCHMIDT D., Economica, 1981.

¹³⁶ WITZ C., *Rapport introductif du colloque de Luxembourg in Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 5.

Secondo Lucas ¹³⁷

« *La France fait partie des pays dans lesquels la fiducie est souterraine, en attendant que l'action du législateur ou de la jurisprudence la fasse jaillir à la lumière* ¹³⁸»

La legge istitutiva delle fiducie ha comportato una riconsiderazione generale delle funzioni e della sistematica. (ci si riferisce a quella che abbiamo definito per l'importanza rivestita, *legge istituzionale* -loi du 19 février 2007 (Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : Loi instituant la fiducie. J.O.R.F. du 21 février 2007, p. 3052).¹³⁹

Secondo l'impostazione proposta da GRIMALDI ¹⁴⁰ è possibile ravvisare una tricotomia classificatoria : *les fiducies innommées à fins de sûreté (§ 1) et les fiducies innommées à fins de gestion, en ce compris les fiducies libéralités*(§ 2).

§ 1 - Les fiducies innommées à fins de sûreté. L'ATTUAZIONE DELLO SCOPO DI GARANZIA.

« *La fiducie-sûreté consiste en un transfert de propriété à titre de garantie* »¹⁴¹ si tratta di singole fattispecie che hanno da tempo un'applicazione specifica in alcuni settori finanziari. L'oggetto di questi contratti è rappresentato dai titoli finanziari.

.(A), le crédit-bail (B) et les cessions de créances professionnelles de la loi Dailly (C).

A - les contrats ayant pour objet des titres financiers à fins de sûreté (i titoli finanziari a fine di garanzia)

¹³⁷ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC (L.),L.G.D.J., 1997, n° 596, p. 304.

¹³⁸ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC (L.),L.G.D.J., 1997, n° 596, p. 304.

¹³⁹ Si procede in questa sezione all'esame delle singole ipotesi di fiducie per verificare le molteplici applicazioni che esse hanno goduto nell'ordinamento prima dell'avvento della legge istitutiva della fiducie, interessando sia la materia finanziaria che quella propriamente civilistica. Come si avrà modo di specificare l'introduzione della *fiducie* ha determinato anche l'ingresso nel panorama civilistico di una normativa di diritto comune, che costituisce un contenuto dispositivo, per le fattispecie originariamente previste.

¹⁴⁰ GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 900.

¹⁴¹ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 906.

« [...] les praticiens de la finance et de la banque n'ont pas attendu la loi du 19 février 2007 pour utiliser des mécanismes proches de la fiducie¹⁴² »
« Le droit bancaire et financier s'inscrit sans le cadre [...] des réflexions tendant à souligner la supériorité de la propriété par rapport aux sûretés traditionnelles dans le cadre des procédures collectives¹⁴³ »

Bisogna altresì analizzare il rapporto con gli altri contratti che presentano un oggetto analogo e che emergono dal contesto della prassi bancaria e finanziaria.

Questi contratti rivestono un ruolo finitimo con altre fattispecie finanziarie come le *prêt de titres financiers*, la *garantie des obligations financières*, la *pension* e il *portage*¹⁴⁴: « *Au-delà, il ne semble par déraisonnable de considérer que toutes les opérations de transfert temporaire de titres sont de nature fiduciaire. En effet, dès lors que toutes poursuivent les mêmes buts et que ces buts s'articulent autour de deux catégories de services rendus par la fiducie, sûreté ou gestion, on est bien en présence d'opérations fiduciaires, même si la technique juridique est autre* ».

La caratteristica fondamentale di questi contratti è il trasferimento di una proprietà fiduciaria sui titoli, sub specie di proprietà temporanea.¹⁴⁵

Possono avere per oggetto non solo titoli finanziari ma anche beni mobili, immobili, corporali e incorporali.

B - Le crédit-bail¹⁴⁶

Secondo¹⁴⁷ la dottrina non vi sono dubbi che questo sia un contratto fiduciario, con applicazione bancaria e finanziaria.

Può avere per oggetto beni mobili, immobili e beni corporali. Risulta essere così strutturato:

¹⁴² VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051, p. 8.

¹⁴³ VAUPLANE H. de, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁴ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 598, p. 305.

¹⁴⁵ BILLIAU M., *Le nouveau gage des comptes d'instruments financiers*, J.C.P. éd. E., 1996, I, 596, p. 433.

¹⁴⁶ Cf. articles L. 313-7 et s. du Code monétaire et financier.

¹⁴⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

una banca o istituto finanziario (le bailleur ou crédit-bailleur/ locatore) fornisce a una impresa utilizzatrice (preneur ou crédit-preneur /locatario o affittuario), per il pagamento del canone di locazione, beni strumentali, le attrezzature o utensili un edificio commerciale, di cui rimane il proprietario e il locatario a fine locazione, può o restituire o acquistare per un valore residuo fisso all'origine tenendo conto dei canoni di locazione pagati¹⁴⁸

. Inoltre, il locatario, anche se non acquista la merce dopo che il contratto è terminato gode di tre ha tre servizi forniti dal locatore:

- 1) L'acquisto dei beni
- 2) La proprietà in affitto
- 3) La promessa di vendita dei beni stessi.

A seconda di come si coniugano i tre servizi, si può parlare di fiducia a fine di gestione o fiducia a fine di garanzia.

C - Les cessions de créances professionnelles de la loi Dailly¹⁴⁹

. Si tratta di un meccanismo di cessione dei crediti con valore fiduciario.

Risulta essere così strutturato : ¹⁵⁰

Un istituto finanziario concede un credito ad una società che gli dà in cambio di crediti commerciali dei propri clienti attraverso una “bordereau Dailly” che garantisce il rimborso della somma prestata¹⁶¹⁷. In pratica, il credito concesso alla società corrisponde alla somma dei crediti professionali ceduti all' istituzione finanziaria. Di conseguenza, vi è una fiducia sûreté sui crediti.

§ 2 - Les fiducies innommées à fins de gestion (le fiducie innominate a fini di gestione)

La dottrina distingue due tipologie di fiducia a scopo di gestione¹⁵¹ :

la fiducie-libéralité (A) et la fiducie-gestion pour le compte du fiduciaire (B)

A - La fiducie-liberalità

¹⁴⁸In questo contratto i beni immobili costituiscono la garanzia.

¹⁴⁹ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 : Loi facilitant le crédit aux entreprises. J.O.R.F. du 3 janvier 1981, p. 150. Cf. articles L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier.

¹⁵⁰ GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 908.

¹⁵¹ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 900.

Il meccanismo relativo all'esercizio della fiducia liberalità è stato profondamente innovato dal legislatore per effetto del divieto di fiducia – liberalità di cui all'art. 2013.

Si pone un problema di compatibilità delle ipotesi esistenti con il divieto.

Come avremo modo di vedere, in assenza di abrogazione espressa, il concetto di fiducia legale di cui la legge istitutiva è latore, svolge una funzione legittimante per le fattispecie residuali preesistenti.

Il meccanismo prevede la seguente struttura: « *Dans la fiducie-libéralité, le fiduciaire tient lieu d'intermédiaire de transmission entre le gratifiant et le gratifié. Le gratifiant, qui est le fiduciaire, lui transfère des biens, mais à charge de les gérer et de les transmettre à son tour, au bout d'un certain temps, au gratifié ou à ses ayants cause* ».

Si tratta di una trasmissione fiduciaria di beni il cui addentellato concettuale pare rappresentato dal mandato fiduciario. Ovviamente la trasmissione è a scopo di gestione.

Da un punto di vista causale le liberalità possono rivestire un fine familiare o filantropico: des fins privées et familiales (1) ou des fins philanthropiques (2).

1 - La libéralité à des fins privées et familiales ; Le liberalita' eseguite nel contesto della disciplina dei rapporti familiari ; I profili di compatibilità con le disposizioni imperative del diritto ereditario

La libéralité à des fins privées et familiales si articola in tre tipologie: la clause d'inaliénabilité (a), la donation graduelle (b) et ladonation résiduelle (c).

a - La clause d'inaliénabilité¹⁵²

Le finalità dell'istituto

La finalità fiduciaria della clausola di inalienabilità può essere ravvisata in:

- I. Garantire il pagamento di una rendita vitalizia stipulato a favore dei donanti o di un superstite ¹⁵³
- II. - Mantenere la proprietà dei beni di famiglia fino alla morte di donante ¹⁵⁴.

¹⁵² - La clause d'inaliénabilité è prevista dall' 'article 900-1 du Code civil. I caratteri della clausola sono che, « *cette inaliénabilité doit être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Si ces conditions sont réunies, ce type de libéralité avec charges permet au gratifiant de réaliser une forme de fiducie.* »

¹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 20 juillet 1982. Cf. PATARIN J., R.T.D. Civ., 1983, p. 376.

¹⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 novembre 1985. Cf. PATARIN J., R.T.D. Civ., 1986, p. 620.

III. Consentire al donante di usufruire del diritto di utilizzare un alloggio gratuito, godendone del possesso.¹⁵⁵ (corrispondente al diritto di uso e abitazione).

- Questa convenzione è soggetta a sindacato giurisdizionale. Il giudice può annullare la clausola o ordinare il rilascio se non è giustificato da un motivo serio e legittimo o se il suo carattere temporaneo non è dimostrato.

-b La donation graduelle

Questa forma di donazione corrisponde all'antica clausola di sostituzione fedecommissaria in principio proibita dal previgente art.896 du Code civil. questo divieto contemplava due importanti eccezioni.¹⁵⁶

L'attuale riferimento normativo è rappresentato dalla loi du 23 juin 2006¹⁵⁷ ed è disciplinata dagli artt 1048 e ss du Code civil. Secondo l'art 1048, una « *libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte* ». ¹⁵⁸

Come nel fedecommesso si individua una prima trasmissione di beni, gravata dall'obbligo di una seconda trasmissione nei confronti di successivi beneficiari.

c - La donation résiduelle

Questa forma di donazione rinviene il proprio addentellato nel fedecommesso de residuo e costituisce un'eccezione al divieto di sostituzione fedecommissaria previsto dal previgente articolo 896 Code civil.

¹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1990. Cf. PATARIN R.T.D. Civ., 1991, p. 580.

¹⁵⁶ Secondo i previgenti articoli 1048 et 1049 du Code civil, la sostituzione fedecommissaria era consentita nel caso in cui l'immobile veniva trasmesso ai figli a beneficio di nipoti o fratelli o a favore dei nipoti.

¹⁵⁷ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 : Réforme des successions et des libéralités. J.O.R.F. du 24 juin 2006, p.9513.

¹⁵⁸ CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 15 et s.

(Cf. article 1050 du Code civil. V. TRIPET F., *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 7.

Attualmente è disciplinata dalla loi du 23 juin 2006¹⁵⁹ nonché dagli articoli 1057ss du Code civil. Secondo l'art 1057, « *Il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci* ». Secondo la dottrina questa forma di donazione de residuo permette la trasmissione a titolo gratuito di beni ad un soggetto che è tenuto a suo volta a trasmetterlo ad un altro soggetto¹⁶⁰ (id est “*donation résiduelle permet de transmettre à titre gratuit des biens à une personne qui sera elle-même tenue de transmettre à son décès les biens restants à une tierce personne* »)¹⁶¹

2 - La libéralité à des fins philanthropiques (liberalità filantropiche)

Secondo GOBIN¹⁶² « *L'un des champs d'expérimentation des mécanismes fiduciaires en France est actuellement celui des activités non lucratives et charitables* »

si tratta di una forma di liberalità a favore di fondazioni (a) o di associazioni (b).

a - Les fondations

« *Une société peut faire des libéralités puisqu'aucun texte ne la frappe d'incapacité de donner. Certaines ont créé des fondations admirables. Il n'en reste pas moins que ce n'est pas leur rôle, à moins que la fondation ne soit utile à l'entreprise* »¹⁶³

Questa forma di liberalità hanno subito un incremento, tanto che la legislazione un tempo particolarmente restrittiva è divenuta più liberale.¹⁶⁴:

- L'article 910 du Code civil et la loi du 23 juillet 1987¹⁶⁵ sullo sviluppo del mecenatismo ha autorizzato le fondazioni benefiche riconosciute per raccogliere le donazioni e lasciti di privati.

¹⁵⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 : Réforme des successions et des libéralités. J.O.R.F. du 24 juin 2006, p.9513.

¹⁶⁰ TRIPET (F.), *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 7.

¹⁶¹ La donation résiduelle constitue une forme de fiducie in cui il disponente è deceduto, il primo donatario è il fiduciario e il terzo donatario è il beneficiario. E' una forma imperfetta di fiducie in quanto, l'assenza di un meccanismo di surrogazione reale in capo al fiduciario, determina la possibilità il beneficiario non riceva alcunchè.

Così CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 16.

¹⁶² GOBIN A., *Fiducies sans la fiducie*, J.C.P. éd. N., 1994, p. 318.

¹⁶³ RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1951, n° 34, p. 83.

¹⁶⁴ DAUBLON G.A., *Remarques sur les fondations*, Defrénois, 1996, p. 503 et 504.

- La loi du 4 juillet 1990¹⁶⁶ ha provveduto a modificare la loi de 1987 al fine di permettere alle società private o pubbliche di creare proprie istituzioni dotate di personalità morale¹⁶⁷ che possa ricevere donazioni pubbliche e lasciti.¹⁶⁸

Il conseguimento della capacità giuridica deve essere sottoposto ad idonea pubblicità (Journal Officiel de l'autorisation administrative).¹⁶⁹

una situazione particolare è rappresentata dalla Fondation de France, dotata di un « département fiduciaire », la cui funzione consiste « *recevoir toutes les libéralités sous forme notamment de dons et de legs ou de versements manuels, d'en assurer la gestion et de redistribuer des libéralités, ou leurs fruits et produits disponibles, au profit des personnes, oeuvres ou organismes d'intérêt général, de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou culturel, en se conformant, pour ce faire, aux intérêts, charges et conditions éventuellement stipulés par les donateurs* »¹⁷⁰

La fondazione sostiene anche progetti più modesti « *Ainsi à travers les notions de fonds de distribution, de fonds opérationnels, de fondation abritée, la Fondation de France agit en qualité de fiduciaire strict, recueillant les fonds et les instructions des bailleurs de fonds philanthropiques ne disposant pas d'une masse financière suffisante les autorisant à créer des institutions autonomes. De la sorte, la fiducie philanthropique se trouve abritée, après agrément, pour une période déterminée, au sein même de la Fondation de France. Ce type de structure fiduciaire d'initiative individuelle ou associative est ainsi géré par un tiers indépendant de la Fondation, qui assure la transparence et la sécurité du fonds affecté au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires désignés ou identifiables* »¹⁷¹.

¹⁶⁵ Loi n° 97-571 du 23 juillet 1987 : Loi sur le développement du mécénat. J.O.R.F. du 24 juillet 1987, p.8255.

¹⁶⁶ Loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 : Loi créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions de loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat relatives aux fondations. J.O.R.F. du 6 juillet 1990, p. 7914.

¹⁶⁷ Cfr. article 19 de la loi du 23 juillet 1987.

¹⁶⁸ Cfr. article 19-8 de la loi du 23 juillet 1987.

¹⁶⁹ Cfr. article 19-1 de la loi du 23 juillet 1987.

¹⁷⁰ Cfr. article 9 des statuts de la Fondation de France.

GOBIN A., *Fiducies sans la fiducie*, J.C.P. éd. N., 1994, p. 318.

Altra parte della dottrina non ritiene che sia stata introdotta una gerarchia tra le fondazioni, quanto un generalizzato meccanismo di dotazione fiduciaria dei beni per scopi filantropici, « *Plutôt que de considérer que la loi introduit ainsi une hiérarchie des fondations [...], il paraît plus juste de voir en ce mécanisme une opération fiduciaire où, le constituant (le donataire) transfère tout ou partie de ses biens et droits à une fondation reconnue d'utilité*

In pratica la Fondazione si occupa di sostenere quegli enti che non hanno disponibilità autonoma per poter effettuare progetti filantropici o di mecenatismo, sostenendoli e fungendo da collettore per la raccolta di finanziamenti, donazioni e lasciti rivolti a questo scopo.

b - Les associations

L'art. 910 du Code civil e la loi du 23 juillet 1987 autorizzano le associations riconosciute *d'utilité publique* a ricevere donazioni e lasciti¹⁷² funzionano con un meccanismo analogo alle fondazioni ma risulta più complesso e oneroso creare una associazione rispetto ad una fondazione.¹⁷³ E' altresì previsto un meccanismo di salvaguardia in caso di liquidazione dell'associazione.¹⁷⁴

Le fiducies innommées à fins de gestion non realizzano solo operazioni ascrivibili alle fiducies libéralités. Possono altresì realizzare attività a beneficio del fiduciante.

B - La fiducie-gestion pour le compte du fiduciant (IL PERIMETRO APPLICATIVO DEL C.D. MANDATO FIDUCIARIO):

Secondo la dottrina¹⁷⁵, « *Cette variété de fiducie vise à conférer au fiduciaire, sur les biens du fiduciant, les pouvoirs de gestion d'un propriétaire, et non pas seulement ceux d'un mandataire* »

publique (le fiduciaire), à charge pour celle-ci d'agir au profit de bénéficiaires, dans un but général, déterminé ou non ».così STREIFF Y., *La loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions sur le mécénat*, Bull. Joly, 1990, § 259, p. 836.

¹⁷² Cf. articles 10 et 11 de la loi n° 1901-07-01 du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. J.O.R.F. du 2 juillet 1901, p. 4025.

¹⁷³ DAUBLON G.A., *Remarques sur les fondations*, Defrénois, 1996, p. 503.

Si noti altresì che le associazioni non riconosciute di pubblica utilità possono anche essere utilizzate per effettuare operazioni fiduciarie. Basta che una persona o la società esegua una dotazione di mobili o immobili ad una organizzazione caritatevole che si propone di agire come un fiduciario di fatto. Questi possono essere i settori di attività:

« *Le secteur du handicap, de la maladie, de la santé, de l'enfance, de la vieillesse, de la recherche peuvent ainsi bénéficier de ressources affectées avec régularité* »

¹⁷⁴ LEPELTIER D., *Apports et reprise d'apports dans les associations*, Bull. Joly, 1997, p. 401.

¹⁷⁵ GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 902.

Rientriamo in tutte queste ipotesi, nel perimetro applicativo del c.d. mandato fiduciario.

La dottrina opera altresì un'ulteriore classificazione, prendendo in esame la fiducie-gestion presente dans la législation (1) (le ipotesi di fiducia gestione riconosciute per espressa previsione normativa) et la fiducie-gestion présente dans la pratique (2) (ovvero quella di mera creazione prasseologica).

1 - La fiducie-gestion présente dans la législation (le fattispecie normative di fiducie innominate a fine di gestione)

Si possono rinvenire le seguenti ipotesi *de fiducies-gestion présentes en législation* ;

les Fonds Communs de Placement (a), les organismes de titrisation (b) et les contrats d'assurance-vie(c).

a - Les Fonds Communs de Placement (F.C.P.)

L'alinéa premier de l'article L. 214-20 du Code monétaire et financier définit le F.C.P. de la manière suivante : « *Sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article L. 214-30, le fonds commun de placement, qui n'a pas la personnalité morale, est une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dont les parts sont émises et rachetées à la demande des porteurs à la valeur liquidative majorée ou diminuée, selon les cas, des frais et commissions.*

*Ne s'appliquent pas au fonds commun de placement, les dispositions du Code civil relatives à l'indivision ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation ».*¹⁷⁶

I caratteri principali di questi fondi sono :

- I. Un Fondo è una comproprietà di emissioni di titoli.
- II. Non ha personalità giuridica.
- III. Ogni detentore di quote ha un diritto di comproprietà sul patrimonio del Fondo, proporzionale al numero di azioni per i diritti.

¹⁷⁶ Si tratta di uno strumento di gestione collettiva dei valori mobiliari. La società di gestione agisce come mandataria e non è proprietaria dei titoli. cfr « *La technique de la « copropriété » retenue pour qualifier les FCP [...] l'a été à défaut de pouvoir recourir à la fiducie* » VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051, p. 10.

- IV. I fondi comuni sono soggetti a normative diverse da quelle della SICAV (capitale minimo inferiore, non ha l'obbligo di pubblicare i risultati ...). Di conseguenza, gestori di fondi comuni possono adottare gestioni più rischiose che i gestori di fondi

b - Les organismes de titrisation (la cartolarizzazione)

A seguito dell'ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008, i Fonds Communs de Créance sono stati soppressi e trasformati in enti per la cartolarizzazione dei crediti ¹⁷⁷.

Sono ipotizzabili due forme Ceux-ci prennent deux formes :

- Les Fonds Communs de Titrisation, privi di personalità giuridica¹⁷⁸, che costituiscono una nuova versione dei vecchi Fonds Communs de Créance.
- Les sociétés de titrisation, (società di cartolarizzazione) dotate di personalità giuridica che operano nelle forme della società anonima e della società per azioni semplificata¹⁷⁹.

c - Les contrats d'assurance-vie (i contratti di assicurazione sulla vita)

Secondo GRIMALDI¹⁸⁰ « *Bon nombre de pseudo-assurances-vie sont en réalité des mécanismes fiduciaires, et plus précisément des Fiducies-gestion. L'assurance reçoit la propriété de deniers, avec mission de les placer pour en restituer le produit à l'échéance. Or il a été expliqué en une autre occasion que la fiducie devait être consacrée dans notre droit parce qu'elle est une institution utile, mais y être réglementée avec soin, parce qu'elle est de nature à subvertir quelques-uns des principes essentiels du droit civil. La pratique de l'assurance-vie illustre ce propos* »¹⁸¹

Secondo l'A. si tratta di contratti che più che presentare una causa assicurativa, manifestano una causa fiduciae.

¹⁷⁷ PRAICHEUX S., *La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique*, Bull. Joly Bourse, 2009, § 21, p. 144 et s.

¹⁷⁸ Cf. article L. 214-49-4 du Code monétaire et financier.

¹⁷⁹ f. article L. 214-49 du Code monétaire et financier.

¹⁸⁰ GRIMALDI M., *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, 1994, art. 35841, p. 756.

¹⁸¹ CÉNAC P. et CASTÉLAN, *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 13.

.Il n'en demeure pas moins que l'assuré ou le bénéficiaire désigné recouvrira à coup sûr les

In assenza di una regolamentazione del negozio fiduciario, che si è avuta solo con l'introduzione della *fiducie*, hanno svolto un ruolo di non poco momento, per realizzare una trasmissione fiduciaria di somme di danaro a vantaggio di familiari.

Da un punto di vista fiscale è stata progressivamente introdotta una certa flessibilità, proprio per il ruolo riconosciuto a questi strumenti.¹⁸²: « *A présent, le droit fiscal étend le régime de l'assurance-vie à des opérations d'épargne qui n'ont rien à voir avec des assurances. Tant mieux pour le contribuable, et l'intérêt général y gagne peut-être la constitution d'une épargne entre les mains des assureurs. Mais il ne faut pas que le droit civil suive le droit fiscal sur ce chemin, à peine de se trouver en porte-à-faux* »

In alcuni casi è derogata la normativa di diritto civile :

- ❖ Il creditore, attesa la natura del diritto non può aggredire questo patrimonio del debitore¹⁸³.
- ❖ E' sottratto alla comunione legale dei coniugi.
- ❖ I premi versati, se non manifestamente eccessivi non intaccano la *réserve héréditaire*¹⁸⁴, non devono cioè essere « *manifestement exagérées eu égard à ses facultés* »¹⁸⁵
- ❖ Dei problemi si pongono in caso di scioglimento della comunione o di divorzio.¹⁸⁶

2 - La fiducie-gestion présente dans la pratique (le fiducie-gestion presenti nella prassi).

Le ipotesi presenti nella prassi sono due: il portage(a) et les opérations de défaillance (b).

a - Le portage

Le contrat de portage¹ se définit comme une « *convention (non réglementée par la loi) en vertu de laquelle une personne nommée « donneur d'ordre » transmet la propriété de titres à une autre personne nommée « porteur » qui l'accepte mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixés à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire*

¹⁸² GRIMALDI M., *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, 1994, art.35841, p. 756.

¹⁸³ CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 13.

¹⁸⁴ CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *op. cit.*, p. 12 et 13.

¹⁸⁵ Cf. alinéa second de l'article L. 132-13.

¹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996. Cf. SAUVAGE F., D., 1998, p. 26.

In questa veste il portage può assolvere a più ruoli :

- fiducie-gestion ;
- fiducie-libéralité nell'interesse del fiduciante
- fiducie-sûreté

Come visto supra questa polivalenza dell'istituto ne spiega una maggiore utilità marginale rispetto agli altri contratti nominati, che producono un trasferimento di proprietà temporaneo e che quindi costituiscono a tutti gli effetti fonti di proprietà fiduciaria. Si tratta dei già citati: le prêt de droit commun, la vente à réméré e le prêt de titres financiers o la pension .

Secondo la dottrina non è oggetto di discussione la natura fiduciaria del portage¹⁸⁷ .

Depongono infatti in favore il rapporto tra l'ordinante e il porteur che si cristallizza nella convenzione, e che informa il rapporto negoziale, costituendo eventualmente il sostrato per la realizzazione di finalità parasociali.

Come visto la necessaria integrazione di un modello attributivo (id est di fiducia romanistica) determinano la creazione della proprietà fiduciaria come instrumentum per la realizzazione del programma della convenzione (*pactum fiduciae*) .

Vi sono ancora dei margini incerti sulla validità di un portage che possa contrastare con il divieto del patto leonino« *On sait en effet combien sont fragiles les analyses juridiques sur le portage, qu'il s'agisse du caractère léonin ou non de l'opération, ou des risques liés à des promesses dont la rédaction est ambiguë. Il est fort probable que la fiducie nouvelle sera la technique utilisée pour les opérations de portage* ¹⁸⁸».

¹⁸⁷ GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 905 ; LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 146, p.77 ; SCHMIDT D., *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 29 et s. ; WITZ C., *Rapport introductif du colloqui de Luxembourg in Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI L.G.D.J., 1985, p. 9.

« *Ce contrat opère un transfert de propriété du donneur d'ordre (fiduciant) vers le Porteur (fiduciaire) qui agit pour le compte du donneur d'ordre jusqu'à rétrocession des titres. Durante la période où le porteur est propriétaire de ces titres, il jouit de tous les droits politiques et financiers qui leurs sont attachés : vote, accession à un poste d'administrateur ou de ou de membre du conseil de surveillance, dividendes, droits préférentiels de souscription, etc.* »

¹⁸⁸ VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051, p. 10.

b - Les opérations de défaisance (le operazioni di dismissione)

secondo GOBIN¹⁸⁹ « *Sous des appellations multiples telles que titrisation d'actif, transfert d'actif, reconditionnement de titres, restructuration de capital, sorties de bilan, defeasance, foncière, se cachent des montages juridiques, fiscaux, et financiers qui ont tous pour but principal de sortir des bilans des entreprises les provisions comptables afférentes aux pertes enregistrées*

[...]. *Il est courant de les dénommer opérations de defeasance* »

Si tratta di operazioni eterogenee accomunate dalla fiducia/riservatezza dell'operazione, che la dottrina francese riconduce alla teoria della c.d. *apparence positive*.

Vi rientrano le seguenti operazioni:

cartolarizzazione di asset, trasferimento di asset, di titoli, operazioni di ristrutturazione del capitale, la revisione delle uscite, etc. Queste operazioni si prestano però anche ad essere elusive integrando anche ipotesi di c.d. *apparence negativa*.

Si perseguono le seguenti finalità¹⁹⁰: Una « *société faisant publiquement appel à l'épargne entrati de son bilan la dette de remboursement d'un emprunt* ».

Le fiducie innominate¹⁹¹ vengono altresì considerate degli strumenti per effettuare la ripulitura dei bilanci. Per questa ragione devono essere attentamente considerate sul piano attuativo, non essendo possibile eseguire una prognosi in termini di liceità e meritevolezza dell'operazione ex ante. Come avremo modo di riconsiderare, infra, nell'ordinamento francese il giudizio di liceità si atteggia con un quadro contenutistico analogo, ma non del tutto coincidente con quello italiano.

Rinviando nel prosieguo alla trattazione specifica, può essere però evidenziato un archetipo comune, riconducibile al c.d. *controllo causale*. Non indugiando sul concetto di meritevolezza, che nell'ordinamento

¹⁸⁹ GOBIN A., *Fiducies sans la fiducie*, J.C.P. éd. N., 1994, p. 320.

¹⁹⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

¹⁹¹ - Avant la reconnaissance de la fiducie par la loi du 19 février 2007 Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : Loi instituant la fiducie. J.O.R.F. du 21 février 2007, p. 3052.

1682, les entreprises françaises recouraient souvent à des *trusts* étrangers 3 Ce n'était pas toujours le cas. V. VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051, p. 10

francese non trova una collocazione specifica, il controllo causale si risolve essenzialmente in un *giudizio di liceità* dell'operazione, declinato sull'assenza di fattori ostativi. Ovvero l'operazione, e nel caso specifico l'operazione fiduciaria, è lecita se è compiuta, in assenza di un contegno simulatorio e di un contegno fraudolento. La combinazione di questi due elementi integra gli estremi della frode alla legge, intesa nel significato lato di violazione di legge e, in particolare, di norme imperative.

Il panorama disaggregato si estrinseca, altresì, in una molteplicità di altre figure residuali sintomatiche dello status questionis vigente, prima dell'avvento della fiducie.

La dottrina e la prassi riconoscono altre ipotesi residuali di fiducie innominate:

. quasi-usufruit de valeurs mobilières¹⁹², souvenirs de familles¹⁹³, sociétés d'auteurs¹⁹⁴ e i biens de famille¹⁹⁵.

In proposito la dottrina francese riporta alcune considerazioni di massima che rivestono un'apprezzabile utilità ai nostri fini, per la delimitazione del formante *fiducia*:

- I. dall'esame della letteratura, gli autori non presentano ancora una considerazione uniforme su come debba essere inquadrato, nell'ambito dell'ordinamento, il rapporto tra le fiducie innominate e la *fiducie*;
- II. da un punto di vista meramente empirico si ha la consapevolezza, maturata più sul piano descrittivo che su quello dogmatico, che la legge sulla Fiducie abbia introdotto un regime di diritto comune, in tema di fiducia.

¹⁹² GOBIN A., op. cit., p. 317 ; GRIMALDI M. et ROUX J.-F., *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, Defrénois, 1994, art. 35677, p. 9 ; LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 598, p. 305.

¹⁹³ GUILLENCHMIDT J. de et CHAPELLE A., *Trusts, business trusts et fiducie*, Les Petites Affiches, 25 juin 1990, n° 76, p. 8.

¹⁹⁴ SEEL-VIANDON E., *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Thèse Paris II, 1979, p. 388 et 389.

¹⁹⁵ SEEL-VIANDON E., op. cit., p. 345.

- III. Alcuni però parlano di regime speciale, intendendo però la diversità istituzionale della *fiducie*, rispetto alle fattispecie previgenti caratterizzate da un polimorfismo e da una polivalenza (intendendo con questa espressione la loro idoneità a realizzare cause diverse);
- IV. Vi è il riconoscimento che alcune fattispecie fiduciarie sono maturate nella prassi e che la regolamentazione convenzionale riveste un ruolo prioritario, con il solo limite del rispetto delle norme imperative.
- V. La creazione di una proprietà fiduciaria viene vista come un elemento indefettibile, di queste strutture contrattuali, sia nel contesto dei contratti nominati che di quelli innominati. Però anche da un punto di vista terminologico, gli Autori, più che esprimersi in termini di proprietà fiduciaria preferiscono impiegare i sintagmi *proprietà temporanea* e *natura fiduciaria* del contratto. L'attributo fiduciario viene cioè riferito esclusivamente allo schema legale.
- VI. Viene rimarcata a livello dogmatico la differenziazione tra contratti civili e finanziari; viene sottoposta ad attento esame l'adattamento dei modelli civilistici alla realizzazione di finalità finanziarie. Proprio operando questa distinzione, si ritiene di individuare nel portage una situazione limite, che infatti determina la sua collocazione nei contratti sui generis. Espressione questa che non dispiega alcuna valenza euristica, se non quella di segnalare a livello descrittivo la combinazione di elementi propri delle strutture civilistiche c.d. nominate, con elementi di natura prasseologica.

SEZIONE III

L'AVVENTO DELLA FIDUCIE E LA PRETESA FONDAZIONE DI UN IMPIANTO UNITARIO DELLA FIDUCIA IN FRANCIA.

1. L'EMERSIONE DELLA FIDUCIA LEGALE DALLE FIDUCIE C.D. INNOMINATE; LE ORIGINI DEL FENOMENO E LE OPZIONI NORMATIVE DEL LEGISLATORE FRANCESE;

Il legislatore francese giunge all'elaborazione del contratto fiduciario, attraverso un duplice percorso, da un lato di tipo innovativo e dall'altro di tipo conservativo.

Tali percorsi risultano essere la sintesi di due spinte antagoniste presenti nel diritto francese, che da questo punto costituisce l'archetipo dei diritti c.d. codicistici¹⁹⁶

L'input conservativo è rappresentato dall'ipervalutazione dei cardini del sistema civilistico, così come si è stato confezionato, per effetto della codificazione napoleonica. Questa opera consegna, infatti, all'Europa un diritto civile pregno di una valenza sfavorevole nei confronti delle c.d. fiducie e dei fenomeni fiduciari latamente intesi. L'Ancient Regime, elaborando in maniera autonoma e innovativa il portato dell'esperienza giuridica romana, aveva approntato una tipologia di fiducia, informata al criterio dell'*apparentia iuris*.

Si intende con il sintagma *apparentia iuris*, la prospettazione della fiducia come uno strumento per fornire un rilievo all'apparenza rispetto all'effettivo stato di cose, oggetto di separata intesa delle parti. Da questo punto di vista, la fiducia comporta sempre un riverbero nella simulazione e nei congegni simulatori (e cioè in quelle applicazioni del negozio indiretto, tese a realizzare, talora, effetti non conformi alla legge, oppure ad indurre

¹⁹⁶ In questo senso i diritti codicistici sono un sinonimo del diritto di civil law.

uno schermo protettivo di riservatezza dell'operazione medesima nei confronti dei terzi).

Il rischio insito è che l'operazione fiduciaria non solo si presti, ma venga esperita, con il dichiarato intento di attivare un negozio *simulato*. Pericolo avvertito dall'ordinamento francese, massimamente in ambito ereditario. Infatti, la diffusione del fedecommesso ipso facto è virtualmente idonea ad integrare un occultamento dei patrimoni, con finalità elusive sia da un punto di vista fiscale, sia da un punto di vista della frode alla legge. Il dibattito sull'ammissibilità del contratto fiduciario disciplinato dalla legge, e non solo dalla prassi, soprattutto di natura finanziaria, parte quindi da una *emancipazione* dei fenomeni fiduciari rispetto alla disciplina dei negozi indiretti.¹⁹⁷

Dopo questo periodo (sommariamente indicato nell'introduzione) in cui si è assistito ad uno sfavore per le fiducie (la c.d. sfiducia per le fiducie di cui GIANTURCO¹⁹⁸) si assiste ad un'inversione di tendenza, che culmina con la *codificazione* del 2007. L'emanazione di questa Legge, anche se nella concezione del Legislatore medesimo viene concepita come perfettibile, rappresenta un fattore innovativo nel panorama dei diritti codicistici.

Tralasciando i punti di contatto con il trust e le intenzioni pseudo-competitive¹⁹⁹ con i modelli di cultura anglo americana, ciò che conta è la creazione di un modello normativo unitario, dotato di idoneità applicativa generalizzata.²⁰⁰ La dottrina francese arriva, pertanto, a valorizzare come

¹⁹⁷ Per certi versi si assiste ad una spogliazione concetto tradizionale di fiducia mediante la sua positivizzazione. In questo senso, la legislazione del 2007 è costituente e la sua opera è di codificazione.

¹⁹⁸ E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1908.

¹⁹⁹ Per una inequivocabile intenzione emulativa del trust da parte della Legge delle Fiducie, PAPPADA', *L'emulazione*, cit.p.1ss; GALLARATI, *Fiducie v.Trust*, cit. passim; in senso dubitativo circa l'effettiva portata emulativa, BARRIERE, *La legge*, cit.p.; D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.142-145.

²⁰⁰ Nel contesto del diritto continentale (inteso come 'diritto altro' rispetto al diritto dei paesi di *common law*), si assiste ad una variegata tipologia classificatoria del concetto fiducia, allo scopo di catturare quella che è l'essenza di un fenomeno più ampio, che può essere definito *affidamento o affidamento fiduciario*. Prendendo le distanze da quella

chiave ermeneutica, per forgiare il nuovo istituto, le ipotesi di fiducia già esistenti.

In questo aspetto, si compendia la *dimensione conservativa*, cioè nel valorizzare quelle che erano figure isolate, nella prospettiva di una nuova costruzione unitaria. Fino ad ora erano state disciplinate solo ipotesi isolate di *fiducie* c.d. *innommées*; si pensi in via esemplificativa alla *vente à réméré* (artt. 1659 e ss. *code civil*), alla *cession Dailly* (artt. L 313-23 e ss. *code monétaire et financier*) e alla *titrization de créances* (artt. L 214-13 e ss. *code monétaire et financier*).²⁰¹

Che cosa si intende allora per emersione delle *fiducie* c.d. *nommées*? Il sintagma *emersione delle fiducie* dà conto di quello che era lo *status quaestionis* della dottrina costituente, all'atto di licenziare la Legge del 2007.

I problemi a cui si cerca di dare una risposta sono in sintesi questi:

dottrina (GALGANO, *Atlante*, cit. passim) che rileva, nella descrizione del fenomeno, solo un procedimento di assimilazione empirica tra *fiducia* e trust, riteniamo di dover aderire a quella prospettazione che intravede nella *fides* del diritto romano, il formante da cui deriva la più ampia categoria del c.d. affidamento fiduciario. Il tratto significativo dell'intero fenomeno è rappresentato da un atto, che è posto in essere da un soggetto, allo scopo di il *committere* se all'altrui *fides* (ovvero l'affidarsi alla cura dell'altro). In questa semantica di *fides*, è allora più semplice rintracciare un dato comune tra il tra il negozio fiduciario continentale e il trust. La distinzione romanistica è, infatti, imperniata nella dicotomia delle *fiducie* c.d. *mancipatorie* e le *fiducie* c.d. *mortis causa*. Le *fiducie* *mancipatorie* si caratterizzano per il dato effettuale del materiale trasferimento di una res nella sfera patrimoniale del fiduciario, attraverso un atto *inter vivos*. Le *fiducie* *mortis causa*, invece, trovano esplicazione nell'istituto del fedecommesso e segnatamente in quello del fedecommesso universale. Tratto unificante di entrambe le tipologie è l'effetto reale dell'atto di trasferimento del bene o dei beni. Da qui, il concetto di fiducia romanistica, rappresentato dal mutamento di titolarità nel bene. Quello che rileva quindi, in profilo di effettività, è il modo di vincolare il fiduciario all'esecuzione degli obblighi assunti verso il fiduciante, realizzato mediante un *pactum fiduciae* a rilevanza obbligatoria. Proprio insistendo sul concetto di effetto reale dell'attribuzione effettuata dal fiduciante, la dottrina ha introdotto la distinzione tra fiducia statica e fiducia dinamica, caratterizzata dal transito dei beni. Tale caratterizzazione è stata fatta propria anche dalla *Trust Law*, che inquadra il trust autodichiarato in una ipotesi di fiducia statica e quello tradizionale in una ipotesi di fiducia dinamica.

²⁰¹ Cui si rinvia alla sezione II per una analisi dettagliata. In questa sede verranno analizzate solo *per differentiam* rispetto alla *fiducie*.

a) alla luce delle fattispecie innominate esistenti, ci si chiede quali siano gli strumenti per assicurare *l'evidenza di un assetto proprietario reale*, evitando operazioni fittizie. Ciò che, infatti, aveva tormentato gli interpreti, anche in costanza della riforma del 2006²⁰² era chiarire se, nel caso concreto, l'assetto proprietario indotto dalla fiducia (mediante la realizzazione di un negozio fiduciario ad effetti reali) fosse reale o fittizio;

b) in secondo luogo si presentava il problema di indagare se l'assetto proprietario indotto dalla fiducia fosse stabile o instabile²⁰³;

c) si doveva stabilire quale fosse il grado di tollerabilità, da parte del sistema, dell'*instabilità* di un'operazione fiduciaria, o per meglio dire dell'assetto proprietario indotto da un negozio fiduciario. Il grado di stabilità se parametrato secondo un'unità temporale, poteva, altresì, essere sintomatico di una simulazione; inoltre si introduce il tema dell'ammissibilità o meno di una proprietà temporanea, sub specie di proprietà fiduciaria.

d) si avverte la necessità di disciplinare il rapporto tra le fiducie innominate, ante 2007, e il nuovo contratto di fiducia.

Analizzando le questioni prospettate, si deve, in primo luogo, considerare che la giurisprudenza d'Oltralpe ha ritenuto, sempre dirimente, la definizione della natura reale o fittizia dell'assetto proprietario, che viene a crearsi in capo a quello che per convenzione possiamo chiamare il fiduciario (tenendo conto, però, del fatto che, nel contesto delle fiducie

²⁰² Con l'Ordinanza 23 marzo 2006 n.346 il sistema delle garanzie era stato profondamente innovato nel 2006 attraverso l'abolizione del patto commissorio. Il sistema delle garanzie è stato altresì riordinato, attraverso un raggruppamento delle norme all'interno di un libro quarto del Code civile esclusivamente dedicato a questa materia. Si perseguiva così lo scopo di facilitare l'accesso al credito e contribuire, in tal modo a rendere più dinamici il consumo e l'investimento, mediante un ridimensionamento delle maglie operative del divieto del patto commissorio; sul punto A. NERI, *La recente legge*, cit.

²⁰³ Con il termine *portage* si intende un'operazione finanziaria avente normalmente ad oggetto il trasferimento temporaneo della proprietà di partecipazioni azionarie. Secondo P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.3, tale operazione oggi risulta socialmente tipizzata dalla prassi degli affari e dalla *lex mercatoria*.

innominate, la qualifica deve essere intesa in senso atecnico²⁰⁴). Il pericolo principalmente avvertito era quello di considerare immanente nel *pactum fiduciae una convenzione pretenom*²⁰⁵

Se si prende in considerazione il *portage* e la *convenzione di portage*, che sta a monte, non si possono celare i punti di contatto con i congegni simulatori latamente intesi.

Il riferimento non corre direttamente alla simulazione soggettiva relativa o interposizione fittizia di persona. Questa è la situazione che viene a crearsi in costanza di assunzione di parte contrattuale apparente da parte di un soggetto che spende il proprio nome nella contrattazione, ma di per se stesso, è estraneo al programma negoziale. Assume spesso la qualifica di prestanome. L'interposizione fittizia di persona-*constat inter omnes* è integrata da un'intesa simulatoria trilaterale di cui il terzo sia parte, con sua piena consapevolezza e accettazione²⁰⁶. Il ruolo di interposto fittizio è rivestito dalla sua controparte formale, che interviene nella negoziazione²⁰⁷.

Ricorre, invece, un contesto alquanto differente nel caso della simulazione oggettiva (assoluta o relativa) in cui, sulla base di un negozio simulato, un soggetto può venire ad assumere la veste di titolare apparente di diritti su di un bene. Anche nel quadro considerato, esso può assumere la veste di interposto fittizio o prestanome, ma l'interposizione non interverrà

²⁰⁴ Le operazioni, infatti, attivate dalle fiducie innominate talvolta prescindono da un trasferimento di proprietà.

²⁰⁵ PH. GUMÈRY, *Du portage de titres. Mémoires de DEA de Droit économique et social pour l'année 1989*, Parigi.

²⁰⁶ P. CARREIRE, *Le operazioni di portage*, cit. p.134ss e nt 132 a p.134 con letteratura ivi richiamata.

²⁰⁷ Secondo la dottrina richiamata, in caso contrario non si avrebbe un fenomeno simulatorio, ma di interposizione reale, al quale il terzo rimane del tutto estraneo, l'interposto assumendo la veste di effettivo contraente e acquistando in proprio i diritti conseguenti.

nell'attività negoziale, bensì in ordine alla titolarità del bene. Come si può intuire, i due fenomeni possono coesistere o incrociarsi.²⁰⁸

L'intersezione di questi piani operativi ha spinto la dottrina e la giurisprudenza francesi ad adottare una terminologia descrittiva della fattispecie, pregna di significato negativo²⁰⁹, conosciuta precipuamente in occasione delle assimilazioni empiriche ravvisabili tra *portage* e *convention de prete-nom*, laddove il prestanome viene spesso alternativamente qualificato come *interposè fictif*. Questa espressione connota il titolare apparente, che a seguito di una simulazione oggettiva, si ponga all'esterno come titolare, e che, quindi, può intervenire nella negoziazione quale interposto reale, e non invece l'interposto fittizio di un'interposizione soggettiva relativa in ambito negoziale, che presuppone la partecipazione del terzo all'accordo simulatorio.²¹⁰

Per questa ragione l'ingresso del contratto di *fiducie* avrebbe dovuto porre un freno al proliferare di relazioni così strutturate, incardinando *l'agere* del fiduciante e del fiduciario, pur nel rispetto dell'autonomia privata, in un tracciato normativo ben delineato²¹¹.

²⁰⁸ Ad esempio l'interposto fittizio o prestanome titolare apparente (per effetto di una simulazione soggettiva assoluta) che svolga attività negoziale potrà ben assumere la veste di interposto negoziale reale, laddove il terzo con cui contratti non sia parte dell'intesa simulatoria.

²⁰⁹ P. SOURMANI, cit. p.207

²¹⁰ M. STORCK, *Le mecanisme de la representation dans les actes juridiques*, Parigi, L.G.D.J., 1982. Sulla distinzione tra *convention de pret-nom* e *interposition de personne* si veda J.D. BREDIN, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, in *Rev. trim. dr Civ.* 1956, p.268.

²¹¹ Quello che in questa sede preme sottolineare è l'ampio lavoro preparatorio, che il legislatore ha compiuto, prima di arrivare all'introduzione ex professo della *fiducie*, secondo NERI, *La recente legge*, cit. p. 579s. La normativa deriva da un progetto presentato nel 2005, che prevedeva la modifica del Code Civil, attraverso l'introduzione di un contratto speciale, con cui il *constituant* trasferiva tutti o parte dei suoi beni al *fiduciaire*, il quale conservando detti beni in un patrimonio, avrebbe agito a vantaggio di uno o più beneficiari, secondo le disposizioni contrattuali. Nell'*Expose de Motifs*, la genesi dell'istituto è ascrivibile all'assenza di un istituto come il trust. Al momento dell'introduzione dell'istituto, la collocazione sistematica pare essere quella del diritto delle obbligazioni. In origine, la *fiducie* viene riservata ad alcuni tipi di persone giuridiche: si prevede che il disponente sia una persona giuridica sottoposta all'imposta sulle società e il

In secondo luogo, il legislatore avrebbe preso posizione in ordine alla proprietà dei beni e diritti oggetto del trasferimento.²¹² E' chiaro che instrumentum della *fiducie*, prendendo ad esempio il portage, che può essere considerato l'archetipo della *fiducie gestion*, è la proprietà dei beni dell'ordinante, acquisiti, temporaneamente dal porteur (oppure più genericamente la proprietà dei beni del fiduciante acquisiti temporaneamente dal fiduciario). Stabilendo che il contratto di *fiducie* si realizza tassativamente mediante un trasferimento dei beni, quindi presentando un indefettibile effetto reale, si giustifica la sussistenza di una proprietà temporanea, che la dottrina, come avremo modo di vedere, distingue dalla proprietà fiduciaria²¹³. Inoltre fornisce una risposta circa i dubbi su una possibile temporaneità dell'*investitura reale* in capo al fiduciario, conferendo all'acquisto dei beni da lui effettuati una stabilità normativa.

Infatti un nodo gordiano per il negozio fiduciario francese è rappresentato dalla stabilità o meno dell'acquisto da parte del fiduciario.

fiduciario un istituto di credito, ovvero un ente appartenente ad istituzioni quali le Poste o le imprese, che effettuano investimenti a titolo professionale.

²¹² Il nucleo dell'operazione fiduciaria è costituito dalla separazione patrimoniale. Se ne tratteggiano solo alcuni caratteri, a fini meramente esplicativi essendo riservata al Capitolo 2 la trattazione del *formante separazione patrimoniale*.

Vi sono una serie di effetti che sono la conseguenza naturale della stessa: l'irrelevanza di una procedura fallimentare o liquidatoria avviata nei confronti del fiduciario, rispetto ai beni trasferiti nella massa separata. I beni conferiti nel patrimonio fiduciario non possono essere aggrediti, se non per debiti contratti per la conservazione e la gestione di tali beni. Ex art. 2025 la separazione è considerata imperfetta: *nell'ipotesi in cui il patrimonio fiduciario sia insufficiente, quello del costituente avrà funzione di garanzia nei confronti dei creditori del primo*. Il contratto può limitare la responsabilità del patrimonio fiduciario, purché i creditori, vi consentano. La separazione patrimoniale è effettiva, quando vengono adempiuti gli obblighi pubblicitari: per rendere conoscibile il vincolo fiduciario, il fiduciario deve dichiarare che agisce per la fiducia. La separazione patrimoniale è effettiva quando vengono adempiuti gli obblighi pubblicitari: per rendere conoscibile il vincolo fiduciario.

²¹³ Sul punto D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.163-165; P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, p.10-11 e nt 9 p.11, critico sul piano definitivo, respinge, in ordine al *portage* la ricorrenza di una nozione di proprietà temporanea, evidenziando la sussistenza di un grado di investitura reale in capo al *porteur*, qualificabile alla stregua di un assetto proprietario stabile.

Per meglio dire il problema è per certi versi indagabile, secondo la seguente prospettiva: fino a che punto può essere tollerata una proprietà instabile. Si tratta di una questione di gradazione, che afferisce a due profili:

1) alla possibilità di concepire un tipo di proprietà limitata nel tempo (temporanea), ma con tutti i contenuti dominicali della proprietà ordinaria, attraverso un'alterazione del catalogo dei diritti reali;

2) all'ammissibilità di un acquisto eccessivamente instabile, perché ridotto temporalmente, che può risultare essere simulato o fittizio e quindi virtualmente elusivo.

In questo modo, secondo la prevalente dottrina, la fiducia codificata, dopo gli interventi del 2008 e del 2009 è ora istituto generale di diritto civile, svincolandosi dal contesto del circuito finanziario per cui era stata inizialmente predisposta.²¹⁴

²¹⁴ Il *fiduciario* è ufficio che può essere ricoperto solo da istituti di credito, assicurazioni e altri soggetti istituzionali, in linea con l'impiego finanziario della fiducia.

Per quanto riguarda la *formazione del contratto*, la legge precisa che questo potrà essere revocato dal costituente, fin quando non sia stato accettato dal beneficiario.

Per quanto attiene alla *cessazione del contratto*, si avrà un termine finale, che opererà ipso iure, qualora sia espressamente previsto dall'accordo, ovvero sia dichiarato con provvedimento giudiziale e se, in assenza di previsione espressa delle condizioni alle quali il contratto prosegue, la totalità dei beneficiari rinuncia alla fiducia.

Il contratto, qualificandosi come *intuitu personae*, cessa per dichiarazione di fallimento nei confronti del fiduciario, ovvero per lo scioglimento di questi o per una cessione o una fusione.

In forza della necessaria qualifica di persona giuridica, che deve avere il costituente, in caso di scioglimento di quest'ultimo, qualora sussistano degli aventi diritto al patrimonio, che non siano delle società commerciali, i beni non potranno essere loro assegnati prima del termine del contratto di fiducia.

Al netto dei rimaneggiamenti e degli emendamenti apportati alla disciplina della Fiducie resta inalterato il divieto della *fiducia liberalitè*. Ciò è attestato anche dalla protezione accordata ai minori per avverso operazioni fiduciarie considerate a priori con sfavore. Si veda, infatti, il nuovo art.408 -1 c.c fr :

. *I beni o diritti di un minore non potranno essere trasferiti in un patrimonio fiduciario,*

Sussiste il divieto per il fiduciario nominato con il contratto di fiducie di avere anche un incarico di tutore o curatore nei confronti del disponente.

Si abbandona progressivamente l'interesse a verificare la presunta compatibilità del modello fiduciario continentale, quale strumento

• Vengono introdotte delle modifiche, a tutela di interessi di ordine pubblico, che limitano la latitudine dell'istituto, impedendone l'impiego in settori quali la cura dei disabili, in cui potrebbero invece trovare un'utilità marginale, nel contesto familiare. A seguito delle modifiche intercorse: si registra: a) l'abrogazione dell' art. 2014 code civil: prima era riservato solo alle persone giuridiche soggette all'imposta sulla società la possibilità di trasferire dei beni ad un fiduciario; b) l'abrogazione dell' art. 2031 code. civil, che prevedeva, in caso di liquidazione del disponente, ove gli aventi diritto non fossero persone giuridiche sottoposte all'imposta sulle società, che avrebbe potuto essere attribuito loro il patrimonio, prima della cessazione del termine del contratto di *fiducie*; c) introduzione del nuovo art. 2015: a partire dal 2009 possono svolgere il ruolo di fiduciari anche gli avvocati, di conseguenza, tra le cause di cessazione del contratto di *fiducie* vi è anche l'ipotesi in cui, qualora il fiduciario sia un avvocato, questi sia soggetto ad una misura di interdizione temporanea ovvero di cancellazione dall'albo.; d) nuovo art. 2029 code civ: la *fiducie* cesserà nel caso di decesso del disponente; in tal caso i beni oggetto del patrimonio fiduciario ritorneranno alla successione.; e) nuovo art. 2022 code civ.: il fiduciario deve fornire un resoconto al disponente e ai beneficiari; qualora il disponente durante l'esecuzione del contratto sia sottoposto ad una misura interdittiva, il fiduciario dovrà rendere conto del proprio operato al tutore o al curatore, dietro richiesta di quest'ultimo, almeno una volta l'anno, salvo che il contratto preveda una periodicità diversa; f) art. 2018 la durata del trasferimento non può eccedere i 99 anni a far data dalla sottoscrizione del contratto; g) disciplina della violazione degli obblighi contrattuali ex art. 2027: alle parti viene concessa la possibilità di disciplinare, in via contrattuale le condizioni per la sostituzione del fiduciario, nei casi in cui questi non abbia adempiuto alle proprie obbligazioni, o abbia messo in pericolo gli interessi affidatigli, o ancora sia fatto oggetto di una procedura di liquidazione (in questo caso, le parti dovranno essere il più possibile precise, nell'indicare le ipotesi di inadempimento delle obbligazioni, per evitare eventuali controversie).; h) introduzione del nuovo art. 2018-1: quando il disponente conserva l'uso o il godimento di un'azienda trasferita nel patrimonio fiduciario, il relativo contratto non è sottoposto alle regole dei contratti commerciali (norma questa che pare concretizzare il favore legislativo nei confronti dell'imprenditore individuale, che quindi può conservare il godimento dei beni trasferiti); i) introduzione del nuovo art. 2018-2: la cessione dei crediti, realizzata, nel quadro di un'operazione di fiducia, è opponibile a terzo, a far data dalla stipula del contratto di fiducia, ovvero dall'accordo modificativo che la prevede. La cessione è invece opponibile al debitore, a far data dalla notifica che gli sia stata fatta dal cedente, ovvero dal fiduciario. Vengono pertanto creati i presupposti per introdurre un regime semplificato rispetto a quanto stabilito dall'art. 1690 code civ., che richiede un maggiore formalismo per concretizzare l'opponibilità (in particolare viene richiamata la disciplina delle fiducie innominate, in quanto è stabilito un regime semplificato, analogo a quello previsto per le cessioni *dailly*, ovvero le *cessioni dei crediti professionali alle banche* ex-legge 2 gennaio 1981).

concorrente e/o antagonista del trust anglosassone²¹⁵ e preferisce analizzare l'istituto in rapporto *alle fiducie innominèè*.

Rispetto a chi in letteratura ha già proposto un simile tracciato²¹⁶, si possono, in aggiunta, individuare due ambiti di indagine:

1. Il contesto applicativo (e cioè l'ambito operativo delle due ipotesi di fiducia). Si tratta, infatti, di istituti che tecnicamente operano su un piano differente. A prescindere dalla fonte normativa, le fiducie innominate sono legate essenzialmente al contesto finanziario e hanno un margine applicativo più ampio, in quanto prescindono dal trasferimento di beni e diritti da fiduciante al fiduciario.

2. La fonte normativa. La fonte delle *fiducie* è rappresentata dal contratto o dalla legge. Come si avrà modo di approfondire infra, la legge costituisce un limite all'estensione dell'ambito di applicazione della nuova normativa e, al tempo stesso, costituisce un limite al proliferare di alti tipi di fiducie, ad opera della prassi. Viene introdotto quindi un principio di rigida tassonomia delle operazioni fiduciarie.

Quanto al punto 1, la citata dottrina²¹⁷ nota che la definizione dell'art. 2011 cc.fr. è restrittiva rispetto alle fiducie innominèè, dal momento che cifra determinante dell'operazione è il trasferimento di beni e diritti al fiduciario. Quindi sono escluse operazioni che non importano trasferimenti di proprietà²¹⁸. In questo senso il contratto di fiducie si differenzia dal trust. Le

²¹⁵ Cfr. PAPPADÀ, *L'emulazione*, cit. p.8ss; UGOLINI, *Il trust e la nuova legge*, cit.p.311s.

²¹⁶ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit p. 142-143.

²¹⁷ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.

²¹⁸ Per effetto dell'intercorso trasferimento dei beni in fiducie deve altresì essere valutata la rilevanza esterna degli atti di gestione compiuti dal fiduciario sul patrimonio trasferito: Il fiduciario ha il potere di agire con effetti incidenti sul patrimonio trasferito fiduciarmente. Sono a questo riguardo ipotizzabili tre regole di condotta: 1- deve agire per il fine determinato dal contratto; 2- agire a vantaggio di uno o più beneficiari; 3- deve tenere separato il proprio patrimonio da quello trasferito .

fiducie innominèè invece sono comparabili con il trust, ma non equipollenti. Come il trust possono prescindere dal trasferimento della proprietà di beni.

Per quanto attiene invece alla fonte normativa (punto 2), la *fiducie* è l'operazione (conclusa contrattualmente, per atto notarile in caso di beni indivisi o conguagli o per legge) attraverso la quale uno o più soggetti trasferiscono beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari, che agiscono -tenendo questi beni distinti dal proprio patrimonio personale- per il perseguimento di un fine determinato o a vantaggio di uno o più beneficiari

L'art. 2018 disciplina il *contenuto* del contratto: il contratto di fiducia determina a pena di nullità:

- 1) I beni, diritti o garanzie trasferiti. Se sono futuri, devono essere determinabili;
- 2) La durata del trasferimento, che non può eccedere i novantanove anni, a partire dalla firma del contratto;
- 3) L'identità del costituente o dei costituenti;
- 4) L'identità del fiduciario o dei fiduciari;
- 5) L'identità del beneficiario o dei beneficiari o, in mancanza, le regole che ne permettano la designazione;
- 6) Le finalità che il o i fiduciari devono perseguire e l'estensione dei loro poteri di amministrazione e di disposizione.²¹⁹

Parte della dottrina definisce la fiducia viene come *operazione sinallagmatica ad effetti traslativi*²²⁰. Ad una attenta analisi non si ritiene di

²¹⁹ E' quindi esclusa ogni forma di costituzione della fiducia diversa dalla legge o dal contratto (quali in particolare atti unilaterali o testamenti).

I soggetti che ne sono parte devono essere identificati, con la precisazione che il o i beneficiari potrebbero non essere designati immediatamente e direttamente, a condizione però che siano espresse le regole per la loro individuazione; la designazione successiva dei beneficiari deve avvenire con atto scritto e registrato a pena di nullità e l'eventuale mancanza di beneficiari è causa di scioglimento del contratto (art. 2029 comma 2).

²²⁰ A. GALLARATI, *Fiducie v.Trust*, cit. p. 238ss.

poter accedere a questa ricostruzione, dal momento che il dato normativo medesimo depone per l'adozione di un profilo definitorio diverso.

Si può parlare di un contratto bilaterale, e più precisamente, a nostro avviso, di una bilateralità imperfetta.²²¹

Una delle principali novità dell'istituto in esame è la creazione di un patrimonio separato, cosiddetto "*patrimoine d'affectation*", distinto dal patrimonio generale del fiduciario e da eventuali altri patrimoni fiduciari: i beni oggetto della fiducia possono essere aggrediti dai soli soggetti, il cui credito nasce dalla conservazione o dalla gestione del patrimonio stesso²²². Tuttavia, in questo caso, non si assiste ad una separazione patrimoniale perfetta, ma ad una separazione con l'apposizione di diversi correttivi, che rendono la risultante francese, sui generis, nel perimetro del diritto continentale²²³

²²¹ Sul punto vedi più diffusamente D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.145-146.

²²² Un fiduciario può gestire contemporaneamente più patrimoni fiduciari. Ciò che in questo caso viene in conto è la tenuta della contabilità separata per poter rendere operativa la separazione patrimoniale ed evitare la confusione dei patrimoni.

²²³ Si pone anche un parallelismo con il criterio di condotta del trustee. Si rinvia alla disciplina del divieto di commistione dei patrimoni; Secondo A.GALLARATI *Fiducia V. Trust*. cit. p.230-240, sebbene dai lavori preparatori emerga l'esigenza, da parte dell'ordinamento francese, di creare uno strumento nel segno di una competitività con il trust, la questione appare ben più complessa. Infatti, per quanto nei lavori preparatori e nella proposta Marini si dichiara, *apertis verbis*, l'intento di creare un'alternativa al trust amorfo della Convenzione dell'Aja e alla possibilità di utilizzare questo strumento, attivando i meccanismi previsti dall'ordinamento (e giungere pertanto ad una soluzione analoga a quella italiana che ha portato all'elaborazione dei c.d. trust interni), si deve, almeno a livello cursorio, tener presente che la disciplina delle *fiducie* è frutto di una serie di istanze concorrenti e in parte confliggenti: In primo luogo: l'idea della competitività con il trust nasce dall'esigenza di incanalare gli spostamenti di denaro e ricchezze domestici, che attraverso il trust di matrice anglosassone subivano progressivamente un processo di delocalizzazione. Un ruolo non secondario è rivestito dall'antagonista cultura del sospetto nei confronti delle operazioni fiduciarie, che ereditata dalla politica del diritto dall'Ancient Regime, trovava adesso una nuova ipervalutazione da parte dell'Amministrazione finanziaria (per effetto di una diffusa preoccupazione che lo strumento fiduciario, qualsiasi modello rivestisse, costituisse una figura sintomatica dell'elusione fiscale). Da non sottovalutare è la ricerca di uno strumento alternativo al trust, effettuata nel contesto del c.d. diritto continentale, recuperando la tradizione romanistica in una prospettiva acritica e oscillante, per poi ottenere un risultato segmentato nel tentativo di dare propulsione all'attività finanziaria. Ne deriva un contratto fiduciario, che si attegga a *strumento ibrido*,

Il contratto di fiducia compendia elementi tipici del trust e delle c.d. organizzazioni complesse ed aspetti qualificati del diritto dei contratti, riconducibili alla fiducia romanistica.²²⁴

Attenta dottrina²²⁵ evidenzia un passaggio alquanto inedito della disciplina del contratto di fiducie, ovvero la sua suscettibilità di eterointegrazione. Il contratto di fiducia francese presenta un sistema di eterointegrazione delle fonti, rappresentato dal principio della *liberté contractuelle* e dagli art. 2018 e 2022 cod. Civ. Fr che consentono di immettere come regime contrattuale delle parti regole di organizzazione e responsabilità della *Law of Trusts*.²²⁶

risentendo del progressivo abbandono del circuito finanziario, per poter giungere ad una *fiducie* di *diritto comune*, mediante l'estensione dei soggetti che possono essere parti dell'operazione (da un lato le persone fisiche possono rivestire la carica di fiduciario disponente, dall'altro l'ufficio di fiduciario non è più riservato alle banche o ai c.d. soggetti istituzionali, ma è esteso agli avvocati). Viene avvertito però un eccesso di articolazione del regime di responsabilità patrimoniale per *l'agere ex fiducia*. Il tutto è dovuto ad una disciplina stratificata, per effetto di successivi interventi emendativi rispetto alla legge istitutiva, che correggendone la portata originaria hanno creato un sistema ambivalente, non sanando le aporie tecniche presenti ab ovo.

²²⁴ La qualifica del contratto di *fiducie*, in termini di operazione sinallagmatica, non è univoca: M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.148s. Sembra più prudente, a nostro avviso, parlare di negozio bilaterale o tutt'al più di contratto bilaterale (discettando, a nostro avviso, semmai se la bilateralità sia perfetta o imperfetta), ma tralasciando il rapporto di sinallagmaticità, al netto della cifra definitoria (cioè del fatto che il contratto sinallagmatico possa presentarsi con una sinallagmaticità genetica o funzionale), dal momento che non si può parlare di corrispettività di prestazioni tra fiduciante e fiduciario, sebbene l'effetto reale costituisca elemento informatore della fattispecie fiducie.

²²⁵ A. GALLARATI, *Fiducie v.Trust*, cit. p.238s.

²²⁶ Secondo GALLARATI, vedi nt. 44 ibidem: viene creato un patrimonio separato di tipo inedito nel panorama continentale. Infatti i *modelli tradizionali non trust* non prevedono la completa impermeabilità patrimoniale e pongono a garanzia dei creditori dell'organizzazione, in rapporto di alternatività: a) il patrimonio del manager; b) quello dei soggetti nel cui interesse la gestione è portata avanti dal manager, ma mai il patrimonio del terzo, quale è il fiduciante francese, che non sia anche beneficiario. Ai sensi dell'art.2025 la regola di responsabilità può presentare un assetto diverso. Se stabilito per contratto, potrà essere il manager a rispondere delle obbligazioni assunte laddove il patrimonio fiduciario risulti insufficiente alle pretese di terzi creditori. L'articolo, in commento autorizza il

Ai nostri fini, è importante sottolineare che l'autonomia privata, quale fonte del contratto, permette l'inserimento di clausole di questo tipo, in grado di modellare il contenuto proprietario dell'*agere ex fiducia*.²²⁷

A questo punto riteniamo di aver evidenziato elementi sufficienti, per poter delineare il rapporto tra fiducie nominate e innominate.

Il criterio discretivo deve essere individuato precisamente nella fonte della *fiducie*,²²⁸ che è, sia l'autonomia privata che la legge. Esse però non sono poste su di un piano paritetico, in quanto l'autonomia privata, si muove nel circuito definito dalla legge. Dopo l'avvento della codificazione, le singole ipotesi di fiducie innominate, non possono più subire

manager a pattuire, contrattando con i creditori del patrimonio fiduciario, una limitazione di responsabilità alla capienza di quest'ultimo.

²²⁷ Secondo A. GALLARATI, cit. p. 243s: il contratto di fiducia è un rapporto sinallagmatico ed effetti traslativi. L'Art. 2013 c.c.fr stabilisce la nullità del contratto, quando risulta permeato da intenti liberali e pare implicare la necessità che i beneficiari effettuino in favore del fiduciante una prestazione, il cui valore non dovrà essere proporzionato al beneficio ricevuto, ma non potrà neppure essere irrisorio. I costituenti possono essere beneficiari, ma non possono prendere parte al rapporto se non hanno trasferito nulla. Nella fiducia francese l'effetto reale del contratto, costituisce presupposto dell'operazione di fiducia, realizzando un immediato trasferimento del patrimonio fiduciario. Ciò comporta, che l'effetto reale sia prodotto diretto dell'operazione fiduciaria o elemento costitutivo di questo, a seconda della costruzione dogmatica (infatti la questione appare assai più complessa, perchè coinvolge la nozione di proprietà fiduciaria, di patrimonio fiduciario, nonché le modalità che l'ordinamento francese predispone per la loro creazione). L'A. nota altresì che la separazione patrimoniale realizzata in capo al fiduciario francese è differente sia dalla fiducia romanistica, sia da quella che caratterizza i trust e le organizzazioni complesse. Il contratto di fiducia mantiene il patrimonio del fiduciante, a garanzia dei creditori del patrimonio su cui la fiducia insiste, anche qualora il disponente non abbia un altro ruolo nel rapporto. E' possibile operare una deroga: attraverso un'apposita previsione contrattuale, si può prevedere che i creditori della fiducia abbiano azione esecutiva sul patrimonio personale del fiduciario, ovvero in caso di loro accettazione, sul patrimonio trasferito al manager per l'adempimento del programma gestorio.

²²⁸ M.D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.148-150.

un'applicazione analogica o un'estensione applicativa, ad opera delle prassi, ma sono confinate al portato originario, senza possibilità che l'interprete operi una eterointegrazione. Come, invece, secondo alcuni autori sarebbe possibile con la normativa della Trust Law.²²⁹

Anche *ratione materiae*, si può ritenere che non vi sia una coincidenza tra i due tipi di fiducie, atteso che le fiducie innominate rivestono virtualmente un ambito applicativo più ampio, che prescinde dalla

²²⁹ BARRIERE, *La fiduciè suretè*, cit.p.10ss. L'a. individua nell'impostazione originaria licenziata dall'Assemblea Nazionale nel 2007 un'analogia tra la fiducia e il trust ex Convenzione AJA. In particolare ai sensi dell'art.2 Conv.: i beni costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del fiduciario-trustee. Il titolo relativo ai beni della fiducia o del trust è intestato al fiduciario trustee. Il fiduciario trustee è investito del potere e gravato dell'obbligazione, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire, disporre i beni secondo i termini dell'atto di trust o del contratto di fiducia.

La *fiducie* parte con un ambito di applicazione soggettiva estremamente ristretto, dal momento che le persone fisiche sono escluse dal novero dei disponenti. Anche la funzione del fiduciario è originariamente circoscritta ai solo istituti bancari.

Nel compiere una prima valutazione dell'istituto, l'A. si esprime nei termini di un ribaltamento dei concetti di proprietà e patrimonio, per effetto della entrata in vigore della legge sulle fiducie. Da un punto di vista concettuale, nel contesto di istituti che presentavano problematiche analoghe, in tema di delineazione della proprietà fiduciaria, come nel caso del mandato, del mandato postumo e dei fondi comuni di investimento, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno rigettato la recezione di un concetto di proprietà fiduciaria, per descrivere e disciplinare gli istituti in questione. La legge che istituisce la fiducie si esprime, nella formulazione legislativa, richiedendo quale requisito discriminante, il trasferimento dei diritti, senza qualificare il diritto di proprietà ricevuto dal fiduciario. Viene, pertanto, recepito il concetto di proprietà di cui all'art. 544 Code. Civ., ma al tempo stesso viene reinterpretato (modellato), in base allo scopo perseguito con l'operazione fiduciaria. Non si delinea pertanto nè un concetto base di proprietà fiduciaria, nè vengono qualificate le sue attribuzioni, dal momento che possono variare, a seconda del contesto e della specifica operazione posta in essere. La proprietà così concepita è diversa dalla proprietà ordinaria, in quanto il fiduciario è tenuto a rispondere di abuso del suo ufficio. Secondo l'A. nonostante i beni affidati non siano espressamente definiti, in questo senso sono sicuramente ascrivibili al patrimonio destinato, calcolato per sottrazione dal patrimonio del fiduciario. Il patrimonio destinato frammenta l'unità patrimoniale di uno stesso ente. Vi è tuttavia un aspetto particolare che è opportuno segnalare in questa sede, in via di prima approssimazione: la nullità del titolo degli atti compiuti in periodi sospetto, quale strumento di tutela del creditore e del terzo.. L'art. L.632-1 del Codice di Commercio prevede una nullità di diritto per ogni fiducia istituita nei periodi sospetti, intendendosi per tale lo *spatium temporis* intercorrente tra il momento in cui l'impresa non effettua più pagamenti e l'apertura del procedimento concorsuale.

necessaria costituzione di un patrimonio temporaneo (id est fiduciario), quale *intrumentum* per realizzare il programma (negoziale) fiduciario.²³⁰

2.IL CONCETTO DI FIDUCIA LEGALE: CONTENUTO PERCETTIVO E CONTENUTO NEGATIVO (LIMITATIVO);

La creazione legislativa della *fiducie* determina anche l'enucleazione, in seno alla dottrina francese, del concetto di fiducia legale, che però riveste una semantica differente, rispetto a quella presente nell'elaborazione della dottrina nostrana, oggetto di analisi infra. Un'attenta riflessione sul tema è stata svolta da un Autore²³¹ che ne ha perimetrato il contenuto richiamandosi direttamente alle fonti.

²³⁰ BARRIERE, cit ibidem.: L'istituto virtualmente dovrebbe avere un'applicazione generalizzata. La definizione ricavabile dall'art. 2011 delinea la *fiducie* come un meccanismo astratto e polivalente, in cui sono insite due declinazioni strutturali: 1) una tipologia in cui il fiduciario avrà l'incarico di gestire i beni=fiducia gestione; la fiducia gestione può essere a favore del disponente: egli può trasferire fuori dal suo patrimonio certi beni, affinché siano gestiti a suo beneficio. Il beneficiario della fiducia gestione può essere il fiduciario stesso. 2) una diversa tipologia dell'istituto, per effetto della quale è il fiduciario a custodire i beni vincolati fiduciariamente a garanzia di un debito=fiducia garanzia. La fiducia garanzia ha come vantaggio fondamentale l'esclusività della proprietà del bene in capo al fiduciario e, dal momento dell'istituzione della garanzia, l'assenza di concorso con i creditori del disponente. Può essere istituita per conto del fiduciario, di modo che ne sia esso stesso beneficiario. I creditori del disponente, ai quali la fiducia riduce la componente attiva della loro garanzia, saranno protetti nel caso la fiducia pregiudichi i loro diritti. Qualora la fiducia sia praticata in frode ai loro diritti può essere esperita l'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 1167 code civil. L'A. denuncia delle significative aporie tecniche, nella confezione primigenia del contratto: la fiducia istituita in un periodo sospetto (dopo la cessazione dei pagamenti, ma prima dell'apertura di una procedura concorsuale) è nulla; non si creano particolari problemi per i creditori personali del fiduciario, sia perché è prevista una *contabilità separata*, sia perché il ruolo è rivestito da banche, che pertanto non presentano i consueti problemi di solvibilità. Gli aventi causa del fiduciario, ovvero coloro che contrattano con il fiduciario possono incorrere nel rischio che questi compia atti con eccesso di potere. L'art. 2023 c.c. pone una presunzione di potere in capo al fiduciario, che sgravi i contraenti dall'onere di verificarne i poteri caso per caso.

²³¹ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.145-150 definisce i caratteri del contratto fiduciario francese, quale espressione di una fiducia legale, intesa come fiducia il cui ambito operativo è sottratto integralmente alla prassi e agli usi, per essere collocato esclusivamente nel disposto legislativo. Per questo motivo, ritiene che la nuova tipologia contrattuale si presenti sub specie di contratto *bilaterale* (sebbene tale contratto coinvolga tre soggetti, ossia il costituente, il fiduciario ed il beneficiario, tuttavia solo due sono le

parti, il costituente e il fiduciario); *formale* (la fiducia contrattuale deve essere espressa); *a finalità aperta* (salvo l'espressa previsione di nullità, qualora l'operazione sia finalizzata all'attuazione di una disposizione liberale, in favore del beneficiario); *di durata* (in quanto è previsto che il trasferimento del diritto non può eccedere i 99 anni dalla stipulazione del contratto). Il profilo legale è corroborato dal regime di registrazione: è stato istituito un registro nazionale delle *fiducies*, costituito secondo modalità precisata dal Consiglio di Stato; E' soggetto ad un regime stringente di pubblicità: in quanto il fiduciario è tenuto a rendere esplicito la sua qualità negli atti di esecuzione dell'incarico, e per i beni iscritti in pubblici registri, l'iscrizione deve recare menzione del fiduciario e delle sue qualità. Al netto degli interventi legislativi che si sono succeduti (che hanno provveduto ad estendere, alle persone fisiche, la possibilità di assumere la veste di costituenti e accedere all'operazione fiduciaria, estendendo ad essi il regime di neutralità fiscale, e ad ampliare il novero dei soggetti, che possono svolgere l'attività di fiduciari) ai sensi dell'art. 2015, l'attività di fiduciario deve intendersi quale attività riservata. Il fiduciario è soggetto organizzato per un'azione di tipo professionale.

Il carattere tassonomico della fiducia evidenziato nel par. precedente è massimamente riscontrabile nella necessaria adozione della forma scritta, preordinata ad assolvere ad un sistema di registrazione particolarmente articolato, previsto dall'art. 2019, il cui rispetto è imposto a pena di nullità. Non è ammesso un contratto di fiducia privo dell'indicazione dei beneficiari. Ai sensi dell'art.2018 il contratto di fiducia ha un contenuto determinato dalla legge a pena di nullità

Il termine di durata del contratto è fissato i 99 anni in ossequio al carattere temporaneo della proprietà fiduciaria. La durata del contratto potrebbe determinare la possibilità di un intervento giudiziale, in caso di sopravvenienze,(sottraendo all'autonomia delle parti la possibilità di apporre pattuizioni *contra legem*) soprattutto nel caso della *fiducie gestion*.²³¹ Con in effetto probabilmente analogo al risultino trust del diritto inglese.

Non si capisce che cosa intenda esattamente l'A . per operazione opaca o a causa variabile, in relazione alla *causa fiduciae* (op.cit.p.153). Molto probabilmente il riferimento è da leggersi come astrattezza dell'attribuzione (reale) fiduciaria, dal momento che, essendo previsto un effetto reale, necessitato dell'intera operazione (inteso come il trasferimento di beni o diritti effettuati dal fiduciante al fiduciario), il controllo causale da parte dell'ordinamento è immanente. Quindi non si può parlare di opacità ma di un trasferimento a causa variabile, la cui funzione concreta che viene realizzata, nella singola fattispecie è relegata al profilo dei motivi. Tuttavia bisogna interrogarsi se esista nell'ordinamento francese una *causa fiduciae* autonoma. Da questo punto di vista, la *fiducie* può essere equiparata al trust: Il fiduciario acquista dal fiduciante un diritto di natura patrimoniale, e il fiduciario di conseguenza è titolare di tale potere. Il fiduciario è vincolato nell'esercizio dei diritti connessi alla sua titolarità, alla convenzione stipulata con il fiduciante. Il trustee deve uniformare la propria condotta all'atto istitutivo. In realtà, la questione è più complessa perché l'esercizio dei pieni poteri del trustee può subire alcuni condizionamenti: a) dal disponente che si è riservato alcuni poteri; b) dal protector in funzione di garanzia; c) dai beneficiari medesimi, che possono chiedere un'anticipazione delle loro spettanze o in alcune condizioni porre la fine anticipata al trust (rule Sanders v. Vautieur).

In questo senso il patrimonio fiduciario costituisce una proprietà funzionalizzata. Il proprietario fiduciante si spoglia delle prerogative dominicali, che invece vengono assunte dal fiduciario, dal momento che i terzi devono fidare sull'effettività dei suoi poteri, che però sono incanalati al perseguimento del fine, attraverso la convenzione costitutiva del

Una volta infatti riconosciuto che il profilo di competitività con il trust costituisce un fattore recessivo, anche nella elaborazione dogmatica che campeggia nella letteratura d'Oltralpe, e che l'effetto reale, che determina la creazione della proprietà²³² costituisce solo uno degli attributi qualificanti della *fiducie*, rispetto alle ipotesi nominate, il concetto di fiducia legale può, a nostro avviso, seguendo l'insegnamento in commento, essere articolato secondo due paradigmi esplicativi: uno con valenza positiva e l'altro con valenza limitativa.

Dal punto di vista positivo, si può sostenere che la legge costituisce la primaria fonte di disciplina del contratto fiduciario. In questo senso la codificazione costruisce un modello generalizzato, originariamente

contratto. Il fiduciario risponde in proprio di *mala gestito*. La revoca non è inclusa dall'ortodossia dell'operazione fiduciaria, essendo il fiduciario un soggetto organizzato professionalmente e la sostituzione del fiduciario si atteggia a procedimento complesso.

²³² La competitività dell'istituto rispetto al trust è tutta da verificare, perché la diatesi esplicativa è differente. La fiducia *nommèè* si presta ad essere analizzata come figura di intersezione tra il diritto dei contratti e i diritti reali. Non può pertanto icasticamente essere rappresentata come uno dei differenti modi di trasferire la proprietà. La nota discriminare dell'istituto non è rappresentata dal doppio trasferimento dei diritti, perché l'attività del fiduciario non si esercita sulla proprietà ordinaria. Il contratto fiduciario costituisce un modo originale di trasferimento della gestione di una proprietà differente. La *fiducie* è il contratto con cui il costituente autorizza un professionista a prestare un servizio avente ad oggetto il proprio patrimonio. Per questo motivo, la proprietà trasferita è definita fiduciaria, in quanto funzionalizzata e conformata all'adempimento dei doveri indicati nel contratto. E' espressione di una fiducia legale, in quanto assistita dalla legge per assicurare rilevanza esterna a degli interessi del costituente. Per questo presenta caratteri dominicali, e quindi capacità di produrre effetti *erga omnes*.

Vi è, pertanto, la preferenza per un sistema in cui i beni affidati al fiduciario siano trasferiti nel patrimonio di costui, sebbene egli non ne sia proprietario a pieno diritto, ma a titolo fiduciario. Correttamente D'AURIA, *Il contratto fiduciario* cit. p.162-163 nota che si vuole evitare il fenomeno di sdoppiamento della proprietà come nel caso del trust, tra *legal ownership* in capo al trustee e *beneficial ownership* in capo al beneficiario.

Il patrimonio fiduciario non coincide con il *patrimoine d'affectation*, che sarebbe stato l'unico instrumentum per riprodurre l'effettività del trust, si veda sul punto D'AURIA, op.cit. p.163 e nt.62 p.63. La logica comparativa è stata disattesa per evitare impieghi abusivi

Molte regole relative alle fiducie si trovano nel codice delle imposte con lo scopo di pervenire alla c.d. neutralità fiscale dell'operazione fiduciaria.

Come accennato supra, patrimonio trasferito fiduciariamente non è il solo su cui i creditori fiduciari possono soddisfarsi, avendo a disposizione il patrimonio del costituente in via sussidiaria

spendibile solo in ambito finanziario, poi, a seguito della novella, divenuto un istituto generale del diritto civile. Modello che si articola in due strutture: la fiducia gestione e la fiducia garanzia²³³. In questo modo vengono coperti tutti i possibili ambiti di applicazione della fiducia nell'ambito dell'ordinamento, disciplinando un settore quale quello delle alienazioni in garanzia²³⁴, che riveste un dato problematico, proprio per la possibilità che la pratica della fiducia possa trasmodare nell'esercizio di una potestà d'abuso. In questo modo l'ordinamento facoltizza *l'agere licere* del fiduciante, arginando possibili contegni abusi, proprio all'indomani della

²³³ Le regole introdotte nel codice, relative alla cessione di proprietà a titolo di garanzia, sono ripartite in: *Disciplina sulla garanzia su immobili*; *Disciplina garanzia sui mobili*. Il nuovo corso imposto dal legislatore inaugura le operazioni di garanzie reali senza spossessamento. L'operazione fiduciaria, in questo contesto, consiste nel garantire un debito nei confronti del beneficiario, trasferendo *fiduciae causa*, il bene nel patrimonio del fiduciario, che potrebbe coincidere con il beneficiario. In caso di mancato pagamento del debito, il fiduciario divenendone proprietario può liberamente disporre del bene. L'operazione di garanzia può avere due esiti: consentire al fiduciario di acquistare il bene e liberamente disporne, nel caso in cui cumuli la veste di creditore garantito o beneficiario della *fiducie*. Il fiduciario è obbligato *ex contractu* a trasferire il bene al beneficiario o a venderlo e pagare con il ricavato il creditore; così D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.155-156. Tra gli elementi essenziali del contratto deve ricorrere la determinazione del debito, il valore della stima del bene trasferito nel patrimonio del fiduciario. La stima deve essere eseguita al momento dell'escussione del bene, da un esperto nominato dal tribunale. E' nullo ogni patto contrario. Sulla base di questo obbligo di stima, il fiduciario è obbligato a versare la differenza tra il valore di vendita del bene e del debito garantito su riserva di pagamento anticipato dei debiti nati dal mantenimento o dalla gestione del patrimonio fiduciario.

²³⁴ Nonostante nel 2006 sia stato abolito il divieto del patto commissorio è introdotta una disposizione, la convenzione di *rechargement*, che a nostro avviso ne condivide la ratio, per limitare gli effetti distorsivi della libertà contrattuale in danno del debitore: *'è possibile che il valore del bene trasferito a titolo di garanzia superi il valore del debito. Questo non può essere posto a garanzia di più creditori ovvero di debiti diversi da quelli menzionati nell'atto istitutivo. Tale eventualità è oggetto di una facoltà, che può essere ammessa convenzionalmente. E' sottoposta agli stessi oneri di forma e pubblicità e registrazione, dal momento che sarà la priorità della registrazione ex art. 2019 a stabilire l'ordine tra i creditori. Nel caso di costituenti persone fisiche, la recharge può garantire un nuovo debito nei limiti del valore di stima il giorno della convenzione.'* così D'AURIA *Il contratto fiduciario*, cit.p. 156. La convenzione di *rechargment* è assistita da nullità di ordine pubblico in caso di violazione della disciplina.

riforma del 2006, senza mortificare l'impostazione propulsiva della *fiducie suretè*.²³⁵

D'altro canto l'art.2012 c.c.fr. apre la strada all'introduzione della proprietà fiduciaria, mediante l'integrazione dell'effetto reale, che costituisce il requisito minimo di riconoscibilità di una *fiducie*.

Il contratto di fiducie si presenta così come un contratto di servizio,²³⁶recepndo in questo modo quello che la dottrina e la prassi

²³⁵ D' AURIA, cit. 155s: nel caso di *fiducie suretè*, il contratto deve menzionare, a pena di nullità, anche il debito garantito e il valore di stima dell'immobile o del mobile trasferito nel patrimonio del fiduciario. L'operazione di trasferimento è relativa a diritti e garanzie singolarmente individuati o un complesso dei medesimi. Non vi sono limiti quantitativi, eccetto al tutela dei creditori e il generale divieto di frode nei loro confronti. Tuttavia l'oggetto del trasferimento non è così ampio, come nel caso della *fiducie innominee*, dal momento che la fiducie legale non considera la possibilità di trasferire i debiti Tuttavia osserva l'A. che ciò costituisce un tradimento rispetto la ratio ispiratrice dell'intervento legislativo, impedendo che la fiducia sia utilizzata come uno strumento per alleggerire i passivi di bilancio, e incentivando la fuga delle imprese verso destinazioni estere che consentano tale operazione. La legge istitutiva, virtualmente all'art. 12, in relazione agli aspetti contabili della fiducia precisa che gli elementi dell'attivo formano un *patrimoine d'affectation*. (di conseguenza è in previsione un trasferimento *fiduciae causa*, finalizzato ad una gestione dinamica del patrimonio trasferito in favore del beneficiario).

²³⁶ Dal punto di vista economico, la *fiducie* è un contratto di servizio (per il *portage* come contratto di servizio, archetipo della *fiducie gestion*, si veda P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p. 16ss), che si compie per mezzo del trasferimento di un patrimonio dal fiduciante al fiduciario. La proprietà che il fiduciario acquisisce non è assimilabile alla proprietà ordinaria. I suoi poteri non sono assoluti, ma variamente limitati nell'interesse di un terzo. Tale patrimonio non fa parte della garanzia generale del credito a lui riferibile. Secondo parte della dottrina (D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.155ss) questo sarebbe un *patrimoine d'affectation*. Nella definizione di *fiducie* non si parla di *patrimoine d'affectation*, ma di *patrimoine fiduciarie*, segnatamente negli art. 2021,2023,2025,2031 .Come si analizzerà nel Capitolo 2, con il sintagma *patrimoine d'affectation*, si indica un concetto dogmatico, che riconduce ad un patrimonio destinato allo scopo, in contrapposizione al concetto personalistico della proprietà. Ciò si traduce in un particolare corso giuridico degli elementi attivi e passivi che costituiscono il patrimonio. Essi entrano nel patrimonio di un soggetto, in condizioni di segregazione reale, rispetto al proprio patrimonio personale, in quanto dedicati ad uno scopo. Al tempo stesso, indica anche la vigenza di un certo tipo di regole, volte ad individuare una determinata categoria di creditori (l'articolazione del patrimonio è cioè anche strumento della responsabilità patrimoniale del debitore): ossia quelli titolari di crediti nati dalla conservazione o dalla gestione dello stesso patrimonio, in quanto distinti dai creditori originari e dai creditori personali del fiduciario. I creditori personali del fiduciario non possono aggredire tali beni,

consideravano in predicato, nelle operazioni fiduciarie e nel *portage* in primo luogo, che da sempre ha costituito l'archetipo della c.d. fiducia operativa.

Accanto a questo significato positivo, si è detto essere presente un contenuto limitativo insito nel sintagma *fiducia legale*²³⁷.

La *fiducie* è prevalentemente uno strumento dell'autonomia privata. I privati non sono liberi di scegliere l'atto più idoneo per costituirla, perché si fonda sul contratto. Ciò vuol dire che la fonte è tassativa: un'operazione economica equivalente non può essere intrapresa né per sentenza né per atto unilaterale né per testamento.

Da questo punto di vista la fiducia legale appare essere di un perimetro applicativo più ridotto, tanto rispetto alla fiducia innominè, che può trovare la sua fonte in un atto giuridico, che rispetto al trust.

La dottrina in commento, cui si ritiene di aderire, individua due possibili significati limitativi:

- Il legislatore si è riservato la possibilità di riconoscere altre forme di fiducia, per disciplinarle successivamente, in via generale e astratta
- La legge pone un argine all'interpretazione giudiziale, tesa ad estendere il significato tassonomico della *fiducie*. Infatti, per questa ragione la *fiducie* deve essere espressa. Questa quindi diventerebbe una norma di chiusura del sistema, volta ad impedire il proliferare di applicazioni prasseologiche idonee a ritagliare ambiti applicativi non

e non sono coinvolti nel fallimento personale del fiduciario. In caso di confusione di patrimoni, questi beni possono essere recuperati.

²³⁷ Secondo D'AURIA, *op.cit.*, p.148s di difficile interpretazione è il concetto di fiducia legale, dal momento che si tratta di ipotesi tradizionalmente non compatibile con il negozio fiduciario.

contemplati, tanto per il modello unitario di fiducia, quanto per le residue ipotesi innominate.

La legge del 2007 pone, pertanto, un argine invalicabile (se non attraverso un ulteriore intervento normativo) al margine esplicativo del negozio fiduciario in Francia. In altre parole, impostando il negozio fiduciario, sub specie di operazioni fiduciarie, riconducibili ad un modello legale su base contrattuale, pur non squalificando le ipotesi preesistenti, finisce per intervenire in punto di disciplina anche su queste.

Esse, infatti, al pari della *fiducie* non possono subire alterazioni strutturali, se non in forza di espressa previsione di legge. Viene quindi anche in questo caso posto un argine all'attivazione di qualsiasi procedimento, che per prassi attribuisca una sorta di tipicità sociale a figure giuridiche di fiducia, non determinate per legge. Anche per queste vale la rigidità tassonomica. Viene quindi squalificato qualsiasi ricorso all'interpretazione giudiziale su casi dubbi, in quanto la mancata corrispondenza dell'operazione al modello legale ex artt. 2011 e 2012 c.c.fr o alle singole fattispecie innominate, si risolve in una *non riconoscibilità giuridica* dell'operazione, che non può definirsi fiduciaria.

In questo modo, almeno virtualmente dovrebbe essere sopito ogni dibattito circa la contiguità di queste operazioni con i congegni simulatori e con la tematica del rilievo dell'apparenza.

**3. GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA 'FIDUCIE': LA FIDUCIA GESTION E LA FIDUCIE SURETÈ; GLI INTERVENTI PRODROMICI:
A) L'ESTENSIONE RATIONE SUBIECTI: L'AVVOCATO FIDUCIAIRE.**

All'indomani dell'intervento correttivo del 2009 può dirsi precisata l'architettura del contratto di fiducie, presentandosi sia come strumento di gestione, sia come strumento di garanzia.

La delineazione tipologica invero, come accennato supra, tradisce una inversione di tendenza rispetto al modello originario, la cui collocazione era quasi de facto relegata all'ambito finanziario. Presentandosi ora la *fiducie* come un modello unitario generalizzato di diritto civile, può assolvere ad una latitudine di operazioni, che esaltano in modo particolare il ruolo edificante dell'autonomia privata.

Si tratta, però, come avremo modo di precisare nel prosieguo, di una articolazione descrittiva, la cui idoneità euristica è limitata. Nella dicotomia fiducia gestione/ fiducia garanzia non assistiamo, infatti, nell'ordinamento francese alla creazione di due modelli, quanto nella gemmazione della fiducia garanzia dal modello base di fiducia gestione.

Prima di affrontare le problematiche, sottese alla delineazione strutturale della fiducie, è necessario ripercorrere due passaggi normativi, il cui riverbero non è di poco momento sulla portata applicativa del contratto.

Ci si riferisce al ruolo dell'*avocat fiduciaire* e all'istituzione del registro delle fiducie, profilo che verrà affrontato sotto il diverso aspetto del regime di opponibilità della *fiducie*, nel contesto del Capitolo 4.

Quanto al primo profilo, si deve innanzitutto segnalare che, per effetto della *loi de modernisation de l'économie (LME*²³⁸*)*, anche le persone fisiche

²³⁸ . *Loi n. 776 du 04.08.08 in JORF, 5.08.08 p. 12471*. Per un'analisi dettagliata in dottrina si veda A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 595-598.

possono trasferire beni, diritti o garanzie in fiducie²³⁹ e anche gli avvocati possono essere fiduciari.²⁴⁰

Per effetto di questa innovazione,²⁴¹ la dogmatica del negozio fiduciario francese effettua contestualmente una progressione a più livelli:

²³⁹ Sono stati modificati anche gli artt. 2029 e 2030 code civil; il primo prevede tra le ipotesi di conclusione del contratto la morte della persona fisica, il secondo precisa che -in caso di morte del costituente- il patrimonio torna in diritto in successione. Queste modifiche devono essere inquadrare nella prospettiva seguita dal Legislatore di conformare maggiormente l'istituto all'esigenza delle persone fisiche. Campeggiano anche dei profili *protettivi*, che approfondiremo a breve.

²⁴⁰ Come si avrà modo di specificare nel prosieguo, vi è una opzione legislativa di tipo difensivo, alla base della modifica della normativa del contratto di *fiducie*, *ratione subiecti*. Secondo D. PAPPADA' *L'emulazione del trust*, cit. p.5ss "La contestualità dell'apertura a persone fisiche e avvocati non è casuale; si è anzi ritenuto che la presenza dell'avvocato possa -in qualche misura- tutelare la persona fisica che compie un'operazione di fiducie" tale circostanza gradirebbe "una sorta di timore, ritrosia o finanche sospetto nei confronti" dell'istituto anche nella versione per così dire rimaneggiata. Ne deriverebbe sempre secondo questa ricostruzione una disciplina minuziosa della fattispecie costitutiva del negozio, da parte della persona fisica. Nel contempo, l'emersione della figura dell'*avvocato fiduciaire* dovrebbe costituire un coefficiente di bilanciamento, per impedire che il costituente persona fisica affronti operazioni economiche non alla sua portata, non comprendendo appieno l'esatta dimensione giuridica degli impegni assunti e non riuscendo a dominare, per carenza di perizia tecnica, gli eventuali aspetti di *ius supeveniens*, fisiologicamente connessi ad operazioni a questo tenore. Ne deriva che in capo all'avvocato si venga a creare uno *status differenziale*, rispetto agli altri professionisti dell'ordine. Questi non perde la qualità di avvocato, ma deve indicare espressamente il suo ruolo di *fiduciaire* ai terzi in tutta la corrispondenza ed è tenuto al rispetto delle norme della cassa dei regolamenti pecuniari degli avvocati (cd. Carpa) e del segreto professionale.

²⁴¹ Il referente normativo è rappresentato dal combinato disposto dell'art. 2015 II al. code civil e art. 6.2.1 del Regolamento Interno Nazionale della professione (RIN). Quest'ultimo articolo, rubricato "*attività di fiduciaire*", è stato introdotto con la decisione n. 2009-001 del 24.04.09 (pubblicata in JORF, 12.05.09, p. 7875) presa dal Conseil National des Barreaux in applicazione delle disposizioni dell'art. 21-1 della l. n. 71-1130. J. LEROYER, *Fiducie - personnes physiques - avocats*, in Rev. trim. dr. civ., 2009, p. 381, J.J. UETTILLER, *Avocat et fiducie*, in Droit et patrimoine, 2009, n. 179, p. 26-30, D. PAPPADÀ, *L'avvocato-fiduciaire*, in Trusts e attività fiduciarie, 2012, p. 135-138.

Il professionista svolge un ufficio analogo a quello svolto dalla presenza del notaio in caso di beni coniugali o indivisi posti in fiducie. Il notaio «devra veiller a ce que les constituants bénéficient des informations nécessaires quant aux conséquences» visto che questo contratto «peut avoir de lourdes conséquences» visto che questo contratto «peut avoir de Lourdes conséquences». cfr. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n. 2009-112, in JORF, 31.01.09, p. 1851.

La qualifica di operazione pericolosa postula tutta una serie di accorgimenti normativi, che si traducono nella predisposizione di *guarentigie*, sia per il costituente, che per il terzo, al fine di agevolare la predisposizione di operazioni fiduciarie.

Si è preferito utilizzare il termine *guarentigie*, anziché garanzie, per individuare una situazione, caratterizzata dall'introduzione di un corso normativo stratificato, che tradisce una cultura del sospetto, non ancora vinta né dalla dottrina né dal legislatore, in ordine all'istituto.

Sempre nell'ottica di "controllare" un'operazione potenzialmente pericolosa, il decreto n. 2010-219 ha dato attuazione all'art. 2020 code civil istituendo il *registro nazionale delle fiducie*, nel quale il contratto deve essere inserito entro un mese dalla stipula presso l'ufficio delle imposte del luogo di residenza del fiduciario. cfr. decreto n. 2010-219 del 02.03.10 in JOFR, 04.03.2010, p. 4442; D. PAPPADÀ, *Il registro francese delle fiducie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, cit, p. 391-395; da questo punto di vista, si può osservare, in via di prima approssimazione, che alcune disposizioni risultano essere sintomatiche del c.d. *nuovo corso della fiducie*: si considerino, in questo senso, le previsioni degli artt. 2012 (in punto di beni coniugali o comuni), 2017 (in punto di nomina del protettore) e 2372 1-5 (in caso di *fiducie-sûreté* e di *recharge*) del code civil.

Secondo la dottrina in commento, tali disposizioni vengono "in soccorso" del costituente, sotto una duplice angolazione prospettica: in via preventiva e successiva.

Sotto il primo profilo, si osserva che alcuni elementi devono essere menzionati obbligatoriamente nel contratto di *fiducie*, al fine di consentire al costituente medesimo, che predispose la portata dell'operazione, la intelligibilità dell'impegno incipiente e garantirgli una perfetta conoscenza della portata della sua obbligazione.

Sotto il secondo profilo, viene corretto l'effetto di un eventuale inadempimento, escludendo che il beneficiario possa trattenere un bene il cui valore sia superiore al credito garantito, senza indennizzare il debitore.

Sono altresì rinvenibili altre disposizioni di c.d. *protezione indiretta*, a vantaggio del costituente, così predisposte:

a) *la garanzia di professionalità dell'avvocato fiduciario*. l'art. 2029 code civil, modificato dalla stessa LME, di modo che il contratto di *fiducie* termina, se l'avvocato-fiduciaire è sospeso, radiato o cancellato dall'albo. E' in altri termini la *garanzia di professionalità* dell'avvocato *fiduciario*, accordata dall'ordinamento, che deve costituire, a monte del rapporto, un argine garantistico per gli impegni che il costituente si accinge ad assumere. Da ciò deriva l'obbligo di formazione continua specifica nelle materie legate all'esecuzione degli obblighi fiduciari assunti, così come previsto nel RIN all'art. 6.2.1.5 alinea 4. cfr, sul punto, C. DELLANGNOL, *Les règles déontologiques et professionnels*, in *Profession Avocat le magazine*, 2009, n. 11, p. 23.

b) *la predisposizione di congegni atti a salvaguardare la riservatezza dell'operazione*. La riservatezza dell'operazione fiduciaria viene, altresì, garantita anche con alcuni *coefficienti di stabilizzazione*, esterni al rapporto, si da conferire, al corso delle operazioni intraprese, un *tracciato c.d. sintomatico*, che si traduce in una tutela riflessa per il costituente. Si intende con il sintagma *tracciato sintomatico*, il complesso di cautele facilmente, (rin)tracciabili nella sequenza di atti che costituiscono la predisposizione e l'attuazione dell'operazione fiduciaria, e che costituiscono una garanzia di legittimità degli atti per il costituente. Si veda, ad esempio, il disposto secondo cui, una corrispondenza sprovvista della menzione "ufficiale" indirizzata all'avvocato fiduciario da un collega non avvisato di questa qualità, rimane confidenziale e coperta dal segreto professionale. Ex art. 6.2.1.3

RIN.; e lungo il medesimo tracciato esplicativo, le norme di promozione di una corretta e trasparente gestione contabile. In proposito si segnala che dal 1957, è sorta la cd. Carpa, allo scopo di accentrare i depositi di fondi ricevuti dai clienti e di controllare ogni movimento di cassa di tali fondi. F. TORIELLO, *La professione forense in Francia* in A. BERLINGUER (a cura), *La professione forense: modelli a confronto*, Milano, 2008, p. 54 e ss.

c) La trasparenza e la separazione della contabilità quali strumenti induttivi di separazione patrimoniale. A maggior ragione, nel caso di avvocato *fiduciarie* la trasparenza e separazione della contabilità devono essere garantite con maggior rigore. In questo, si assiste ad un punto di torsione, per così dire tecnico, tra la disciplina della *fiducie* e il mandato. L'effetto reale, infatti tipico dell'operazione di *fiducie* risulta incompatibile con la struttura del mandato francese, richiedendo all'uopo la predisposizione di un' idonea soluzione sostitutiva.

Conformemente a questo principio, anche le attività dell'avvocato-*fiduciaire* devono essere oggetto di una contabilità distinta dai suoi conti professionali e personali e dal suo sottoconto Carpa. ex art. 6.2.1.5. Quest'ultima si fonda, del resto, sulla nozione di mandato, che è incompatibile con un meccanismo, com'è quello della *fiducie*, in cui vi è un trasferimento patrimoniale. Probabilmente, l'ordine professionale dovrà nel tempo verificare la necessità di creare una struttura di raccolta simile alla Carpa, che potrà essere un mezzo supplementare per controllare l'attività fiduciaria degli avvocati. Cfr. S. TANDEAU DE MARSAC, *L'avocat et la fiducie*, in *Gaz. Pal.*, 6.08.2009, 4-8; *en questions à Stéphane Bortoluzzi, Fiducie et ventes judiciaires: le règlement intérieur national des avocats modifié*, in *La semaine juridique*, 2009, n. 25, 60-61. 44 Art. 2 RIN «*L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps*». Segnatamente si noti che il principio di indipendenza è il primo dei principi del RIN: «*La profession La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice*» (art. 1.1).

d) La prevenzione dei conflitti di interesse. Così, per evitare situazioni di conflitto di interesse, l'avvocato designato, in qualità di terzo, ex art. 2017 code civile non può appartenere alla stessa struttura di cui fa parte l'avvocato-fiduciaria.

e) L'avvocato fiduciaria destinatario di obblighi di protezione primari. Lo stesso è, altresì, investito di responsabilità ed è chiamato ad effettuare controlli contro i traffici illeciti verificando l'identità delle parti contraenti e dei beneficiari effettivi dell'operazione fiduciaria, nonché segnalando le situazioni sospette. Oltre che alle norme deontologiche, l'avvocato-*fiduciarie* è assoggettato a specifici obblighi assicurativi. Si tratta dell'ipotesi, più generale, di copertura per i rischi derivanti da negligenze ed errori commessi nell'esercizio dell'attività fiduciaria e di quella più specifica, stipulata a vantaggio di chi spetta, per i casi di mancata restituzione dei beni, diritti o garanzie affidati all'avvocato. Il professionista non deve essere sospettato di prestare attenzione alla remunerazione di altri partecipanti all'operazione. Cfr. art. 6.2.1.5 RIN il quale prevede che «*dans le contrat de fiducie, la rémunération de l'avocat doit être distinguée de celles des autres intervenants*».

Nell'ordinamento forense non è ancora risolto il problema della permanenza di eventuali incompatibilità: P. Berger (Presidente della *Commission des règles et usages du Conseil National des barreaux*), la condizione dell'avvocato è differente da quella per cui «*à l'origine, l'interdiction de l'activité commerciale était justifiée par le risque de la faillite, incompatible avec la dignité de l'avocat puisqu'elle pouvait entraîner des sanctions civiles ou pénales*»; e di conseguenza, non è più così netta l'«*opposition entre le commerçant*

- A) Si addivene all'enucleazione di una figura istituzionalizzata, l'avvocato *fiduciarie* che in nome dell'ordinamento esprime poteri di governo della fiducie, costituendo una posizione di garanzia da cui derivano obblighi protettivi;
- B) La fiducie esce dalle secche del diritto finanziario abbandona il presunto antagonismo con il trust, per diventare un istituto di diritto comune;
- C) L'ordinamento ufficialmente promuove il ricorso allo strumento fiduciario nominato e ne completa la positivizzazione. Come avremo modo di approfondire quando si tratterà del divieto di *fiducie* liberalità, questa per il legislatore francese costituisce un'opzione di sistema. Non vi è, infatti, nell'ordinamento una disciplina unitaria del negozio fiduciario, rimanendo immanente l'articolazione tradizionale tra fiducie mancipatorie e mortis causa. La recezione moribus, (intesa come il complesso stratificato delle posizioni

supposé animé par un esprit de lucre, et le professionnel libéral censément désintéressé». cfr. C. DELLANGNOL, cit, p. 22.; cfr. art. 6.2.1.5 RIN. 50 V. artt. L. 561-2 e L. 561-3 code mon. fin. ; e ancora. K. BOUGARTEV- A. GAUDIN, *La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux*, in *Rev. dr. bancaire financier*, 2007, p. 36. L'avvocato fiduciario deve, altresì, comunicare, per iscritto, al proprio consiglio dell'ordine la volontà di svolgere l'attività di fiduciario. ex. art. 123 del decreto n. 91-1197 del 27.11.91 (in JORF, 28.11.1991, p. 15502, disciplina della professione forense) così come modificato dal decreto n. 2009-1627 del 23.12.2009 (in JORF, 26.12.09, p. 22310) e dal decreto n. 2011-1319 del 18.10.2011 (in JORF, 20.10.11, p. 17716). Sono prescritti anche i requisiti della polizza assicurativa: deve essere provata, producendo al consiglio dell'ordine di appartenenza, a cadenza annuale, un'attestazione che indichi il valore della copertura assicurativa accordata e il suo periodo di validità.

f) L'avvocato fiduciarie destinatario di obbligazioni protettive di secondo grado. Il *Conseil National des Barreaux* ha previsto che l'avvocato-fiduciario deve comunicare la sottoscrizione di una assicurazione speciale per garantire tanto la sua responsabilità civile professionale, quanto la restituzione dei fondi, effetti, titoli e valori interessati, v. art. 6.2.1.2 RIN. 52 Art. 205 del decreto n. 91-1197 (in JORF, 28.11.1991, p. 15502); Art. 209-1 del decreto n. 91-1197 (in JORF, 28.11.1991, p. 15502). E' possibile per l'avvocato fiduciario sottoscrivere delle garanzie finanziarie per effetto della l. n. 20101249; questa normativa ha previsto un'alternativa alla assicurazione a vantaggio di chi spetta ed ha autorizzato gli avvocati a sottoscrivere garanzie finanziarie sulle quali pare impresso un vincolo di destinazione art. 70 della legge n. 2010-1249 del 22.10.2010 in JORF, 23.10.2010, p. 18984). Dette garanzie sono, infatti, dirette alla restituzione dei beni, diritti o garanzie trasferite nell'ambito del contratto di fiducie. ex. artt. 210-1 e una volta apposte al contratto integrano il complesso della pattuizione (per quanto concerne la possibilità delle parti di inserire apposite norme dispositive).

dottrinali storico dogmatiche e delle figure normative riconducibili al modello del negozio fiduciario, il complesso di arresti giurisprudenziali che hanno scrutinato ed indagato le singole fattispecie sussumibili alla fiducia) a nostro avviso, trova una battuta di arresto (forse definitiva) dal momento che la positivizzazione della fiducia contrattuale squalifica le fiducie innominate, da qualsiasi forma di estensione evolutiva o analogica, rimanendo ipotesi residuale. Il “*nuovo corso*” richiede espressamente un fiduciario professionale, diverso dalle banche, appartenente all’ordine degli avvocati (schiudono pertanto una valenza tutoria, che poi sarà oggetto di analisi); e relega la fiducia liberalità e mortis causa a modelli negoziali indiretti. *In questo senso, allora, si può dire che quest’ultimo intervento legislativo, forse oltre le intenzioni del Legislatore, arresta il processo di recezione morbus del negozio fiduciario in Francia, delineando nel contratto di fiducie e nell’autonomia privata, il settore privilegiato, razione materiae, di disciplina della fiducia. In questo arresto della recezione moribus, si compendia la frattura definitiva con il sistema napoleonico, che aveva rigettato la positivizzazione del negozio fiduciario.*

La figura dell'avvocato fiduciario vien in conto in modo particolare se si analizzano i tre momenti tipici in cui si compendia il contratto di fiducie:

art. 2017 code civil: «Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté».

art. 2018 code civil: «Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité: 1. Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futures, ils doivent être déterminables; 2. La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat; 3. L'identité du ou des constituants; 4. L'identité du ou des fiduciaires; 5. L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation; 6. La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition».

Questi sono elementi che devono essere obbligatoriamente indicati a scopo tutorio

Non si tratta di semplici requisiti ad substantiam, ma altresì costituiscono il fondamento degli obblighi di protezione nei confronti del fiduciario e del fiduciante.

Art.2025²⁴² :

«En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au

²⁴² Art. 2025 code civil al. I; i creditori potranno agire in revocatoria con l'actio pauliana di cui all'art. 1167 code civil. sul punto primi, F. TRIPET, *Some thoughts on French-style trusts*, in http://www.il-trust-in-Italia.it/Formazione/Congressi/convegno_2007/Tripet_Relazione_Convegno_Roma.pdf. 33 L'art. 2025 code civil fa salva una diversa disposizione contrattuale;

passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée». ²⁴³

Secondo la dottrina, pertanto alcuni elementi devono essere indicati obbligatoriamente nel contratto di *fiducie*, al fine di garantirgli una perfetta conoscenza della portata della sua obbligazione. In via successiva, viene corretto l'effetto di un eventuale inadempimento, escludendo che il beneficiario possa trattenere un bene il cui valore sia superiore al credito garantito senza indennizzare il debitore.

Ciò è confermato *a contrariis* dall'art. 2029 code civil, modificato dalla stessa LME, prevedendo che il contratto di *fiducie* termina, se l'avvocato-fiduciario è sospeso, radiato o cancellato dall'albo. In senso analogo l'obbligo di formazione continua specifica nelle materie legate all'esecuzione degli obblighi fiduciari assunti, così come previsto nel RIN all'art. 6.2.1.5 alinea 4²⁴⁴.

Sulla valenza tutorio-protettiva di tali obblighi torneremo tra breve.

4)GLI SCHEMI OPERATIVI DELLE FIDUCIE. GLI INTERVENTI PRODROMICI.

L'ISTITUZIONE DEL REGISTRO NAZIONALE DELLE FIDUCIE.

Con l'istituzione del Registro nazionale delle fiducie²⁴⁵ viene completata l'uscita della fiducie contrattuale dall'ambito della *rezeption moribus*, per assurgere ad istituto di diritto comune a pieno titolo.

²⁴³ L'art. 2025 code civil fa salva una diversa disposizione contrattuale.

²⁴⁴ Sul punto, C. DELLANGNOL, *Les règles déontologiques et professionnels, in Profession Avocat le magazine*, 2009, n. 11, p. 23.

²⁴⁵ Ci si riferisce alla predisposizione di un apposito registro Cfr. PAPPADA', *Il registro francese delle fiducie*, in *Trust e attività fiduciarie*, cit. p.391. Secondo l'A. la necessità di evitare il proliferare di fenomeni elusivi, nonché la necessità di operare un controllo capillare delle disposizioni fiduciarie hanno determinato, nel secondo intervento legislativo, l'introduzione dell'art. 2020 Code Civile, contenente la previsione di un Registro nazionale delle fiducie. Decreto n. 2010_219 con rinvio alla legge n.78_17(jofr del 4 gennaio 1978.)

Sebbene la ratio spicciola del provvedimento sia da individuarsi nel contrasto alle operazioni elusive, non può sottacersi che l'istituzione del registro assolve anche ad una funzione dogmatica, quae strumento di opponibilità del contratto.

Per questo tramite, si realizzano due forme di pubblicità:

- A) A carattere necessario e a pena di nullità;
- B) A carattere eventuale, effettuata ai fini della pubblicità fondiaria;

Il Decreto n.2010-219 del 2 marzo 2010 (in J.O. del 4 marzo 2010 n.40) pubblicato in *Trusts* 2010, 315, il cui art.1 afferma che il registro intende “*centraliser les informations relatives aux contracts de fiducie necessaires pour faciliter les controles permettant de lutter contre l’èvasion fiscale, de blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme*”.²⁴⁶

Nelle intenzioni del Legislatore francese, il registro deve contenere i dati dei soggetti, sia persone fisiche che giuridiche coinvolte in una operazione fiduciaria, della registrazione cui ogni fiducia è sottoposta a pena di nullità e di quella eventuale, effettuata ai fini della pubblicità fondiaria.

I dati raccolti saranno conservati, sino a dieci anni dopo l'estinzione del contratto, mentre per un periodo inferiore (tre anni) verranno mantenute le informazioni di coloro che avranno accesso ai dati.

Le autorità amministrative e giudiziarie coinvolte nella lotta al riciclaggio sono le destinatarie esclusive delle informazioni raccolte.

La disposizione in oggetto era stata presa in considerazione anche dal Legislatore italiano, che sembrava volersi ispirare alla *fiducie* nel disegno di legge comunitaria 2010, prevedendo l'introduzione nel codice civile del contratto di fiducia. Il regime della opponibilità della fiducia sarebbe pertanto stato particolarmente dirimente proprio in vista delle finalità che si volevano perseguire (in parte più avanzate e progressiste rispetto al sistema francese). Peculiarità del sistema italiano sarebbe quella di inserire la fiducia tra i contratti, mentre il modello francese annovera la fiducia tra i modi di acquisto della proprietà. Particolare è altresì la posizione del fiduciario che si surroga nel contratto di fiducia mentre diviene proprietario secondo il legislatore francese. E' ammissibile una fiducia con finalità liberali. Si vuole, altresì, realizzare una separazione patrimoniale piena; si prevede che i beneficiari non siano già determinati e si formalizza l'istituzione di una fiducia in via testamentaria.

²⁴⁶ Previsto dal novellato art.2020 del code civil, il registro contiene i dati dei soggetti, sia persone fisiche che giuridiche coinvolte nell'operazione fiduciaria. Il registro in pratica contiene la registrazione obbligatoria a cui è sottoposta ogni fiducia a pena di nullità e quella eventuale ai fini della pubblicità fondiaria.

5)GLI SCHEMI OPERATIVI DELLE FIDUCIE. GLI INTERVENTI PRODROMICI. I PROFILI FISCALI.

Completano il quadro prodromico alcuni cenni, alla disciplina della *tassazione*²⁴⁷ alla luce del fatto che:

²⁴⁷ PAPPADA', *Il trust in Francia: nuovi profili fiscali in Trust e Attività Fiduciarie*, 2013 p.247 ss e segnatamente p.251-252 ,ripercorre l'itinerario seguito dal legislatore francese, prodromico all'inserimento della *fiducie*, analizzando la disciplina fiscale, e considerandola sintomatica delle opzioni legislative praticate dal legislatore medesimo. Viene, pertanto, analizzato l'atteggiamento dell'Amministrazione finanziaria verso il trust e verso la *fiducie*. La Francia ha firmato, ma non ha mai ratificato, la Convenzione de l'Aja 1 luglio 1985 relativa la legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento.

In assenza di disposizioni normative, sono state la giurisprudenza e l'Amministrazione finanziaria a dover prendere posizione nei confronti del trust, anche da un punto di vista fiscale. Si tratta cioè di un'elaborazione lasciata prevalentemente alla prassi e ai contributi della dottrina.

In funzione antielusiva, dopo anni di incertezze, il Legislatore francese ha ritenuto di fornire una nozione di trust e di costituente ai fini fiscali, di prevedere obbligazioni in capo all'amministratore di trust e di individuare nuove ipotesi di tassazione.

L'art. 14 della legge n.2011-900 è intervenuta a modificare e integrare il *codice tributario*. Riprendendo la definizione dell'art. 2 Conv., non si introduce il trust in Francia, ma se ne permette la qualificazione sul profilo fiscale.

Il legislatore definisce il costituente, facendolo coincidere con una persona fisica, anche nell'ipotesi in cui sia costituito da una persona giuridica.

Viene individuato in funzione antielusiva anche il c.d. *costituente fiscale*, ovvero il beneficiario di un trust, il cui costituente originario è deceduto.

L'obiettivo è di attrarre a tassazione in ogni caso una persona fisica, prescindendo da ogni distinzione, in ordine alla tipologia di trust.

Per quanto attiene alla *fiducie*, l'intero regime fiscale è governato dal principio della c.d. *neutralità*, in base al quale non è prevista alcuna imposizione in capo al costituente, al momento del trasferimento di beni o diritti in fiducia, dal punto di vista dell'imposta.

I diritti trasferiti in patrimonio fiduciario sono considerati, ai fini dell'imposta di registro, e di pubblicità fondiaria, come nel patrimonio del costituente, fino a quando non sono ceduti a titolo oneroso dal fiduciario. Solo in caso di trasmissione ad un terzo o ad un beneficiario diverso dal costituente, è dovuta un'imposta sul trasferimento, secondo la natura dei beni, in base alle regole generali.

In caso di trasferimento a titolo gratuito: si prevede l'applicazione delle tariffe previste per le persone non legate da vincolo di parentela, ai sensi dell'art. 777 del codice tributario.

1.L'intero regime fiscale della *fiducie* è governato dal principio della c.d. neutralità, (in base al quale non è prevista alcuna imposizione in capo al costituente, al momento del trasferimento di beni o diritti in fiducia, dal punto di vista dell'imposta).

2.I diritti trasferiti in patrimonio fiduciario sono considerati, ai fini dell'imposta di registro e di pubblicità fondiaria, come nel patrimonio del costituente, fino a quando non sono ceduti a titolo oneroso dal fiduciario.

3.Solo in caso di trasmissione ad un terzo o ad un beneficiario diverso dal costituente, è dovuta un imposta sul trasferimento, secondo la natura dei beni, in base alle regole generali.

6)GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA *FIDUCIE*. IL PROBLEMA DEFINITORIO E LA SISTEMATICA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO FRANCESE NEL FORMANTE FIDUCIA.

Passando a trattare direttamente l'articolazione della *fiducie*²⁴⁸ dobbiamo rimarcare che, sebbene manchi un profilo definitorio, *expressis verbis*, di

Con riferimento all'imposta di solidarietà sul patrimonio, i beni e i diritti trasferiti in *fiducie* sono considerati come nel patrimonio del costituente, in base al principio di neutralità, e scontano l'ISF, se il costituente è persona fisica.

Con riferimento al trust, si può parlare di una disciplina fiscale omogenea, se non per il fatto che il trust, in alternativa all'ISF ha una specifica imposta e per una tassazione maggiore per i trust costituiti da un soggetto fiscalmente domiciliato in Francia.

I beni posti in fiducia al pari di quelli conferiti in trust, scontano l'imposta dovuta sui trasferimenti a titolo gratuito e quella di solidarietà sul patrimonio.

I trasferimenti verso i terzi sono disciplinati in maniera simile, colpendo in misura maggiore sempre quelli realizzati a titolo gratuito.

Secondo L'A, la logica del Legislatore, nei confronti dei due istituti di destinazione patrimoniale, pare essere la medesima: utilizzare la leva fiscale per disincentivare l'uso dello strumento qualora impiegato per finalità non gradite, cioè rispetto a scopo di accumulazione per il trust e di liberalità per le *fiducie*.

²⁴⁸ La *fiducie* si risolve, sostanzialmente, in un trasferimento della titolarità di alcune posizioni con finalità di garanzia o gestione. Il legislatore francese non definisce il fiduciario come un proprietario né qualifica, almeno nel code civil, i beni in fiducia come un patrimonio separato o segregato cfr. *art. 2372-4 code civil. e art. 2372-5 code civil*. Il profilo definitorio difetta anche nel caso in cui si passi ad analizzare l'articolazione funzionale della fiducia garanzia; ad esempio anche il meccanismo della recharge viene descritto ma non definito. Cfr. la genesi della recharge:

“Quando un bene è trasferito in un patrimonio fiduciario, è nell'interesse del costituente poter separare una parte del valore del bene in garanzia di un nuovo credito dopo aver, per esempio, rimborsato una parte del credito iniziale o quando il valore del bene è superiore al credito iniziale garantito. Questo meccanismo, permettendo di evitare che sia

tutta la struttura, la natura di contratto ad effetto reale è chiaramente evincibile. Anzi, in modo particolare, l'effetto reale svolge il ruolo di

“sprecato” il credito, consente di massimizzare la ricchezza ma, così facendo, si opera una deroga al principio dell'accessorietà visto che l'estinzione del debito iniziale non comporta necessariamente la fine della fiducie. La recharge è solo una facoltà e, pertanto, le parti devono prevederla nel contratto di fiducie con le stesse condizioni di forma, registrazione e iscrizione. In realtà un emendamento presentato dal senatore Marini è stato bloccato dal Conseil Constitutionnel. Si tratta, del resto, delle convinzioni che si ritrovano nei lavori preparatori all'introduzione della l. 2007-211. In questo senso, v. Proposition de loi instituant la fiducie, cit, dove si legge «Les droit transférés vont former un “patrimoine séparé”, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire [...] il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation [...] si le patrimoine demeure unique, une confusion des droits en résultera, puisqu'aucun ne pourra être distingué. Par opposition, si différentes masses de droits peuvent être formées, alors une séparation des différentes droits peut être atteinte. L'enjeu de l'obtention de cette séparation est évident. Elle permet d'assurer la protection du bénéficiaire». Così anche il Senato nel rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. M. Philippe Marini instituant la fiducie, cit, dove è scritto che la fiducie è un'operazione particolare dal punto di vista civilistico in quanto «la spécificité de l'opération fiduciaire réside également dans le fait que le transfert des biens se fait au profit, non du patrimoine personnel du fiduciaire mais d'un patrimoine séparé de son patrimoine propre, qualifié de “patrimoine fiduciaire”. La notion de patrimoine d'affectation peut apparaître à bien des égards inconciliable avec celle de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine retenu per le droit français. Or, avec la fiducie, le fiduciaire est en réalité titulaire d'au moins deux patrimoines: d'une part, son patrimoine propre, d'autre part, un patrimoine fiduciaire. Il peut même être en pratique titulaire de plusieurs patrimoines fiduciaires s'il est désigné fiduciaire par plusieurs actes juridiques distincts». Ancora parla di “particolarità” l'Assemblea Nazionale nel rapporto n. 3655, cit., «les biens mis en fiducie relèvent d'un statut patrimonial un peu particulier, dans la mesure où ils constituent un patrimoine d'affectation

Definiscono “patrimoine d'affectation” e sembrano riconoscere una sorta di smembramento della proprietà in quanto si legge: “en raison du transfert semblent reconnaître une sorte de smembramento della propriété in quanto si legge: “en raison du transfert de la propriété juridique tel qu'organisé par la loi, les actifs et passifs faisant l'objet du contrat de fiducie sont transférés du patrimoine du constituant dans la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation séparé du patrimoine propre du fiduciaire, au sein duquel ils feront l'objet d'une comptabilité autonome”

.L'introduzione della fiducie ha suscitato il fermento della dottrina francese attorno alla natura della cd. proprietà fiduciaria ed al suo rapporto con quella ordinaria contenuta all'art. 544 code civile. Vi è chi ritiene che la proprietà fiduciaria non abbia né il contenuto né le caratteristiche di quella “ordinaria” la quale è, piuttosto, ricchezza e poteri. Il fiduciario non fa, infatti, suoi i frutti della fiducie né può alienare i beni a suo profitto o godere di eventuali plusvalenze; inoltre i suoi poteri sono delimitati dal contratto, che a seconda del tenore fissa i criteri di condotta del fiduciario e di conseguenza i criteri di imputazione della responsabilità.

selezione del perimetro operativo della fattispecie, escludendo qualsiasi operazione che non si risolva nel trasferimento di beni o diritti *fiduciae causa*.

Per procedere ad un approccio critico, riassumiamo i punti fermi che si sono sin qui delineati, ma che in alcuni contesti costituiscono al contempo dei punti di torsione, che evidenziano il proprium della disciplina del formante fiducia.

a) la pretesa natura contrattuale delle fiducie; la norma non definisce l'operazione contratto, ma un modo di trasferimento di beni e diritti; che può avvenire a titolo di gestione o di garanzia.

b) la substantia di proprietà economica della fiducie; anche se non si fa riferimento al concetto di proprietà economica, questo risulta essere immanente nel concetto di fiducia gestione e fiducia garanzia.

c) l'unicità dogmatica e la differenziazione morfologica del contratto; la fiducia gestione costituisce l'archetipo del nuovo disposto normativo, e la fiducia garanzia viene ricavata come derivazione dalla fiducia gestione.

d) la separazione patrimoniale indotta dal negozio costitutivo; l'elemento comune è rappresentato dalla separazione patrimoniale che ricava una proprietà fiduciaria finalizzata allo scopo;

e) la natura di contratto di servizio; In che senso si può parlare di contratto di servizio? Prima di chiarire la portata di questo sintagma, che riveste una valenza qualificatoria dirimente, si devono premettere alcune precisazioni, in ordine alle regole Iuris e ai sistemi definitivi in uso, presso il Legislatore francese.

Da un punto di vista terminologico, si deve dar conto di quella dottrina che ravvisa nell'assenza di un richiamo definitorio preciso al contratto, (parlando, invece di trasferimento di beni e diritti), come una precisa opzione legislativa, dal momento che una scelta di questo tipo non portava il Legislatore a precorrere i tempi, costringendolo a pronunciarsi su tematiche dogmatiche su cui non era pronto.²⁴⁹

²⁴⁹ Il trasferimento di beni o diritti in funzione di garanzia o gestione e la costituzione della proprietà fiduciaria non sarebbero pertanto definiti, in quanto verrebbe in conto il profilo prasseologico delle operazioni e la natura di contratto di servizio. Sono descritti gli effetti

In altri termini, l'assenza di un'opzione qualificatoria determinante, che elimini ogni dubbio sul fatto che la *fiducie* sia un contratto, altro non è che il prodotto di una incertezza dogmatica.

Da questo punto di vista, la posizione non è lontana da quella di chi esalta il ruolo di operazione fiduciaria, relegando il concetto di contratto ad una delle manifestazioni di tale operazione. E' l'opzione in altre parole, di chi sostiene che il Legislatore non si sia emancipato fino in fondo, da quel procedimento di recezione morbus, cui abbiamo fatto cenno supra e che pertanto si sia riservato di non prendere una posizione definitiva, limitandosi a dare corso ad una definizione di aspetti prasseologici, assimilabili empiricamente.

In verità, non si ritiene di poter accogliere una simile ricostruzione per una serie di ragioni:

- ✓ Su di un piano di tecnica normativa, attenta dottrina osserva che nella Legislazione francese, soprattutto negli ultimi decenni, si assiste ad una duplice e convergente tendenza. Da un lato, vi è il ricorso alla legislazione in maniera piuttosto frequente per dirimere quaestiones Iuris ed anche in funzione di interpretazione autentica. Il legislatore francese preferisce pronunciarsi *ex professo*, su un numero sempre più rilevante di questioni, evitando che si formi uno

rinviano al profilo esecutivo, la funzione di fornire dei dati relativi, alla tipologia e al modello contrattuale adottato.

Nella *fiducie gestion*, nessuno (se non il fiduciario) può gestire il bene che è sottratto all'azione del costituente o del beneficiario, mentre, nella *fiducie-sûreté*, nessuno (se non il fiduciario) può ottenere il pagamento del suo credito a valere sul bene considerato. Se, dunque, è uno solo il carattere che accomuna la proprietà fiduciaria a quella ordinaria, si giustifica -secondo questa dottrina- (D. PAPPADA, *L'emulazione del trust*, cit.p.10-13) la prudenza del legislatore che non ha voluto definire la *fiducie* come un contratto traslativo della proprietà ed ha preferito parlare di trasferimento di beni, diritti e garanzie visto che si tratta di un contratto di garanzia o di servizi piuttosto che di scambio di beni. Si sarebbe potuto parlare di "propriété juridique" (che conferisce poteri) del fiduciario e di "propriété économique" (che conferisce ricchezza) del beneficiario ma i tempi non erano ancora maturi. Dall'altra parte, vi è chi sostiene che quella fiduciaria è una proprietà finalizzata, ma non per questo smembrata. Secondo questa ricostruzione, il legislatore pare non aver voluto riconoscere diritti reali al beneficiario della fiducie che è tutelato dalla presenza di un patrimonio separato. Lo smembramento implicherebbe il riconoscimento di due forme di proprietà differenti su un medesimo bene e ciò sarebbe un ritorno alle proprietà simultanee dell'Ancien Régime abbandonate dal code civil.

spatium temporis rilevante, si da arginare l'opus della dottrina, sia per contenere la dottrina delle Corti.

- ✓ La medesima dottrina, altresì, avverte che già dal code civile, il legislatore francese preferisce rifuggire ad una espressa definizione tecnica, per andare invece al cuore della disciplina.
- ✓ Quindi non ci si può aspettare che il Legislatore si esprima nei termini di contratto, ma è in rerum natura, che affronti il profilo definitorio descrivendo il piano effettuale.
- ✓ Questo rilievo è particolarmente importante, perché consente di sgomberare il campo e la struttura da una serie di sospetti o valutazioni acritiche e aprioristiche.
- ✓ Dalla lettura del codice non si può dubitare che *l'operazione fiducie* sia a base contrattuale.
- ✓ E' corretto, a nostro avviso, parlare di *operazione*, intendendola però sotto una diatesi prettamente connotativa: la fiducie è in contratto. Nel senso che è solo nel contratto che si palesa la figura fiducie nominativamente prevista a più riprese dal legislatore. Un contratto particolare, per alcuni motivi. In primo luogo, presenta una causa fiduciaria dotata di una pregnanza tale, da catalizzare una serie di atti giuridici consequenziali al contratto base. Se si prende in esame il formante, come paradigma della fiducia gestione, è possibile ravvisare nella *convenzione di portage*, il prototipo della forma gestoria della fiducie. In questo perimetro possiamo iscrivere il contratto di portage globalmente inteso e l'obbligo di trasferimento delle azioni ad esso accessivo. Vi è quindi una sequenza di atti, connotati da una causa fiduciaria. In questo senso, allora, la fiducia gestion è una operazione, perché stimola la collaborazione tra fiduciante e fiduciario, a più livelli, in vista di uno scopo.
- ✓ Non è meno vero però che la proprietà fiduciaria, indotta dalla separazione patrimoniale costituisca un carattere indefettibile di questa operazione. Orbene il trasferimento della proprietà ovvero il c.d. effetto reale, costituisce un coefficiente necessitato dell'operazione, collocando quindi il contratto medesimo tra i contratti ad effetti reali.
- ✓ Quindi operazione, come sequenza di atti, è un significato che può essere accolto, ma l'operazione deve assumere necessariamente gli estremi di un negozio bilaterale, ovvero di un contratto.

- ✓ Si dissente da quella dottrina, che ritiene sussistente nel contratto in esame, un dato sinallagmatico necessitato, per il solo fatto che il contratto sia traslativo. A nostro avviso, infatti, si può parlare di contratto bilaterale, in quanto l'obbligazione cade su entrambe le parti, ma si tratta di *un'obbligazione asimmetrica*, determinando pertanto la bilateralità in termini di bilateralità imperfetta, proprio come nel caso del mandato.
- ✓ Questi elementi sono evincibili dalla descrizione legislativa e non giustificano, a nostro avviso, costruzioni alternative.
- ✓ L'intento del legislatore, infatti, non è definibile come un intervento demolitorio in rapporto alla recezione moribus. Si tratta più che altro di una esplicitazione ed in alcuni casi di una innovazione della dinamica dei rapporti fiduciari, con un tendenziale verso armonizzante. Come si è visto, dalla considerazione unitaria della disciplina delle *fiducie*, l'ingresso del nuovo istituto determina che, anche quelle innominate, derivino nuovo vigore e forza legittimante.

7)(SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE. LA FIDUCIE GESTION; IL RAPPORTO CON IL PROTOTIPO DELLA CONVENZIONE DI PORTAGE. ANALISI DELLA STRUTTURA LA STRUTTURA.

Siamo pronti ora a tratteggiare i caratteri fondamentali delle due ipotesi di fiducia tenendo presente che per la fiducia gestione, ci si riferirà al modello previsto dalla convenzione di *portage*, attesa la valenza espansiva del modello applicabile sia alle fiducie innominate che a quelle nominate che nei tratti peculiari è stato invece approfondito nella Sezione I. di questo Capitolo.

A) La fiducie gestion

La dottrina francese²⁵⁰ definisce il portage:

“le portage est une operazioni complete convenute entre un porteur et un donneur d'ordre (le plus souvent un banquier et son client), qui comporta a tigre principale un achat d'actions par le porteur au

²⁵⁰ RIPET-R.ROBLOT, *Traitè de Droit commercial*, tome 2, 15 ed. Parigi, 1996, par.2476, p.57.

donneur d'ordre, et lei retrocessione ulteriore, dans des condizione determinees de delainetmde prix, generalmente aundonneurnd'ordre, mais parfois à un tiers. Cette double prestazione est complete par une description des relations entre lesmparties pendantla periodo durantlaquellenle Porteur est proprietarie (exercice du Droid de cote, perception des dividendes. La pratici moderne enconnait des applicazione nonbreuses et varièes.

Il che può essere tradotto ai fini dell'individuazione del formante, come un'operazione nella quale, sulla base di un'apposita convenzione negoziale, una parte detta porteur, su impulso e nell'interesse di un'altra parte detta ordinante, procede ad acquisire la proprietà di una partecipazione societaria da un terzo o dall'ordinante stesso, o alternativamente a sottoscrivere un aumento di capitale di una società nella quale l'ordinante potrà essere o è già socio.

Il porteur, si impegna, per tutta la durata del rapporto, ad esercitare i diritti e le prerogative sociali relativi a tale partecipazione, secondo le modalità concordate inizialmente o di volta in volta, con l'ordinante.

Alla scadenza e con le modalità stabilite nell'ambito della convenzione, il porteur provvederà a ritrasferire le azioni oggetto della convenzione, in capo all'ordinante, ovvero a diverso soggetto da questo designato, a fronte di un corrispettivo anch'esso già determinato sin dall'inizio, in sede di stipulazione della convenzione.

Questa definizione cala, nel contesto delle operazioni societarie, il contratto di portaggio, determinando di conseguenza una particolare fisionomia strutturale dell'operazione. Essa si presenta come contratto ancillare, nel senso che la sua causa, intesa come ragione concreta dell'operazione, dispiega un'efficacia euristica²⁵¹ in rapporto ad un'altra operazione che si caratterizza per una più alta portata a livello di peso economico e giuridico

In questa accezione, si presenta come *contratto di servizio*.

²⁵¹ Molto più banalmente il portage è un contratto di servizio, incline a livello strutturale a dispiegare un'efficienza causale in rapporto ad un complesso di operazioni più ampie, avviate in un corso unitario dal pactum fiducie, sub specie di convenzione di portage.

Le note che seguono hanno lo scopo di delineare, attraverso il *portage*, la struttura tipica della fiduciar gestione, mediante lo scrutinio dei due tratti differenziali del *portage* medesimo:

- I- *La natura di contratto di servizio a struttura variabile;*
- II- *Il coefficiente di riservatezza*, che afferisce alle modalità esecutive del contratto e che diviene attributo qualificante dell'operazione fiduciaria. Individuiamo, pertanto, in questo contesto, un nuovo significato del sintagma operazione fiduciaria.

Esso afferisce non tanto al profilo causale, che determina l'insorgere di una proprietà fiduciaria, quale *instrumentum* di realizzazione dell'operazione, *bensì alla fase esecutiva*. Si tratta di evidenziare la pregnanza semantica del termine 'fiduciario', che pertanto indica la ricorrenza di una serie di elementi, che, in fase attuativa, consentono la realizzazione dello scopo delle parti con una modalità, che garantisca idonea riservatezza.

Tale riservatezza, si vedrà, non è soltanto un carattere accidentale del rapporto, ma costituisce una modalità attuativa necessitata, tale per cui si opta per l'impiego del *portaggio*, piuttosto che di altri schemi legali per realizzare l'operazione nel contesto societario. La riservatezza diviene, quindi, una modalità attuativa talmente pregnante, da rientrare non più nel novero dei motivi, bensì da afferire al profilo causale così come delieato da Cassazione Civile, sez. III, sentenza 08/05/2006 n° 10490.

8)(SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE. LA FIDUCIE GESTION E IL RAPPORTO CON IL PROTOTIPO DELLA CONVENZIONE DI PORTAGE. IL CONTRATTO DI SERVIZIO.

Entrando in *medias res*, proviamo ad indagare il *significato normativo* di contratto di servizio. Il termine contratto di servizio, infatti, non rientra all'interno della casistica tipologica con cui, sia la dottrina nostrana, che quella d'oltralpe usa presentare i singoli contratti. Non può, pertanto, essere definito il contratto di servizio, come contratto tipico, nè come contratto atipico, in quanto lo schema legale *portage* riveste un carattere ancillare,

nelle modalità sopra definite. In che cosa può allora compendiarsi il valore normativo del contratto di servizio? A nostro avviso, se per valore normativo si intende un carattere precettivo, che lo schema legale assume, in virtù di quel determinato attributo, allora questo può essere ravvisato nella accessorietà; nel senso che la tipicità sociale dell'operazione, qualora risulti accessiva a determinati rapporti giuridici o a determinati contratti o schemi legali tipici, dà origine ad una sequenza di atti, che possono essere definiti operazioni, la cui modalità divengono inedite per il solo fatto che il contratto di servizio acceda alla loro attuazione.

Il carattere variabile del contratto di servizio (nel senso che può essere integrato da una serie di schemi operativi ambivalenti, senza che se ne produca una deviazione causale) è validamente rimarcato dalla dottrina francese.

Su di un piano prettamente definitorio, infatti, la letteratura francese distingue, talora a seconda dei casi, tra portage a due o en base clos²⁵² e portage a tre²⁵³.

Al di là della cifra definitoria impiegata, la struttura negoziale classica si presenta come una doppia compravendita, anche se sono astrattamente integrabili altri schemi negoziali che però risultano sostanzialmente

²⁵² Ove cioè l'acquisto iniziale avvenga tra il porteur e lo steso ordinante, al quale le azioni dovranno essere ritrasferite alla fine dell'operazione.

²⁵³ Ove l'acquisto iniziale ad opera del porteur avviene da un terzo.

Questa dicotomia è presentata da una parte della dottrina P.SOURMANI, cit nt. Par.1, p.257; J.M. MOUSSERRON, *Les devenirs de convention de portage*, in *Rev. Dr. Banc.*1991, p.119, secondo cui a, differenza del primo autore, il portage a due sarebbe sempre qualificabile come portage suretè a differenza del portage a tre, qualificato come portate acquisition. P.CARRIERE, *Le operazioni di portage* cit.p.8 adotta una terminologia convenzionale, parlando in termini di trasferimento\investitura, con ciò riferendosi indifferentemente al caso del portage a due, rispetto al quale si può parlare più propriamente di una situazione di trasferimento temporaneo di proprietà, che passa dall'ordinante al porteur, per poi ritrasferire al primo; e ci si riferisce anche al caso del portage a tre, rispetto al quale si può parlare più propriamente di una situazione di investitura temporanea di proprietà, allorché il porteur acquisti o sottoscriva le azioni portate, pur sempre però nell'interesse dell'ordinante, al quale dovrà poi trasferirle, nel frattempo avendone in via transitoria l'investitura.

L'A. utilizza il termine investitura, per non esprimersi in termini di intestazione per la preoccupazione di ingenerare fraintendimenti, con fenomeni riconducibili alla intestazione/legittimazione senza coinvolgere la titolarità, distinzione questa tipica della fiducia germanistica.

finalizzati al perseguimento del medesimo programma negoziale e alla creazione di uno stesso assetto di interessi. Ciò si apprezza qualora si considerino in particolare le figure atipiche e specialistiche del leasing azionario (che ricorre allo schema negoziale del leasing e talora del lease back) e dell'equity swap (che ricorre agli schemi dei prodotti finanziari derivati), che, per molti versi, risultano riconducibili alle operazioni di portage potendone condividere la ratio e finalità e quindi in definitiva al fenomeno fiduciario di stampo romanistico.²⁵⁴

La dottrina francese, in linea di massima, riconduce al *portage* anche schemi operativi in cui non sia tecnicamente individuabile una situazione proprietaria in capo al porteur. Ciò si verifica nel contesto delle operazioni propriamente finanziarie, in cui il portage accede al prestito con la mera finalità di garantirlo c.d. *portage-suretè*²⁵⁵. L'utilizzo dello schema di portaggio con finalità di garanzia, nell'ambito di un operazione di mutuo potrebbe costruirsi prevedendosi che l'ordinante mutuatario ceda al porteur-mutuante la proprietà dei titoli a fronte di un prezzo che non rappresenta in realtà la somma mutuata; l'impegno dell'ordinante di riacquistare i titoli a fronte di un prezzo predefinito, consistente nel prezzo iniziale, maggiorato degli interessi pro-rata temporis, costituisce l'impegno al rimborso del prestito, il quale risulterà così garantito, contro il rischio di inadempimento dell'ordinante, dalla proprietà dei titoli trasferita in capo al porteur. Talora poi il trasferimento dei titoli potrebbe accedere, con funzione di garanzia ad un rapporto debitorio, indipendente sotto un profilo oggettivo e/o soggettivo e preesistente

La letteratura francese definisce in modo icastico la fase iniziale dell'operazione²⁵⁶: essa consiste inevitabilmente nell'acquisto o talvolta nella sottoscrizione di azioni, da parte del Porteur, a cui seguirà una situazione proprietaria – intesa come dominicale assoluta, almeno verso i

²⁵⁴ P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.8 nt.2

²⁵⁵ P. BERTREL-M.JEANTIN, cit nt.7 par.1, p.683-684; J. P. BORNET, *Portagenle joint de uve d'un banquier*, in *Rev. Banque*, 1993, p.74. Tale impostazione è stata criticata da D.SCHMIDT, cit nt.7 par.1, p.41., che ha sottolineato l'esigenza di tener distinto il fenomeno del portage in quanto tale, da quello delle garanzie del credito, il c.d. portage – suretè. Per la ricostruzione della problematica P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.9 nt.3, con ampio richiamo alla letteratura d'Oltralpe.

²⁵⁶ Lo *status quaestionis* è con precisione ricostruito da P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.8ss e 9 nt.3.

terzi-, in capo al medesimo, porteur²⁵⁷ venendosi ad integrare la fattispecie di *portage*, che comporta quale effetto l'esecuzione del servizio di "portaggio" reso dal porteur nei confronti dell'ordinante.

9)(SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE²⁵⁸. LA FIDUCIE GESTION E IL RAPPORTO CON IL PROTOTIPO

²⁵⁷ Altro schema in cui il portage viene utilizzato *in funzione di garanzia, nell'ambito di un'operazione di natura finanziaria è quello in cui il porteur proceda all'acquisto di azioni da un terzo nell'interesse dell'ordinante. Cosa che dovrà avvenire tramite l'acquisto delle azioni medesime da parte dell'ordinante alla scadenza dell'operazione, a fronte di un corrispettivo che coincida con il capitale anticipato dal porteur maggiorato degli interessi convenuti. Ciò a riprova del fatto, che la categoria fiducia costituisce un modello unitario.*

²⁵⁸ Sulla *fiducie*, i principali contributi della letteratura francese : ALBIGES C., *La constitution de la fiducie*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 46 ; BARRIÈRE F., *Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (première partie)*, Bull. Joly, 2007, § 119, p. 440 ; *Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie)*, Bull. Joly, 2007, § 144, p. 555 ; *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2053 ; *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, J.C.P. éd. E., 28 août 2008, n° 35, 385 ; *La fiducie-sûreté*, J.C.P. éd. E., 3 septembre 2009, n° 36, 1808 ; BENABENT A., *La fiducie (analyse d'un projet de loi lacunaire)*, J.C.P. éd. N., 1993, I, n° 26, p. 275 ; BERGER P., *Fiducie et transmission des entreprises*, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 3 ; BERTHELOT G., *Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 89 ; BERTHEUIL-DESFOSSÉS D., FABRE H., HOUDARD J.-L., POUZENC F. et PILLEBOUT J.-F., *Sûretés et gestion. Constituants personnes physiques*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 18 ; BOUGARTCHEV K. et GAUDIN A., *La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2056 ; BLANLUET G. et LE GALL J.-P., *Le trust au pied du mur*, J.C.P. éd. E., 8 septembre 2005, n° 36, 1297 ; *La fiducie, une oeuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. N., 2007, I, n° 36, p. 17 ; *La fiducie, une oeuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2059 ; BLAUROCK U. et WITZ C., *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 224 ; BLOMMAERT D., *Jurisprudences belge et luxembourgeoise, Garanties*, Gaz. Pal., 9 juin 2005, n° 160, p. 46 ; CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 11 ; CERLES A., *Utilisations bancaires de la fiducie*, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 7 ; *La fiducie, nouvelle reine des sûretés ?*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2054 ; CHAMPAUD C., *Mort et résurrection du trust en droit français*, La vie judiciaire, du 26 novembre au 2 décembre 1990, n° 2329, p. 1 ; *La fiducie*, Revue internationale du droit des affaires, 1991, n° 5, p. 689 ; CHAPPERT A., *Variations fiscales sur les donations secondaires*, Defrénois, 1994, art. 35679, p. 28 ; CHAPPUIS B., « Trust » et fiducie en Suisse, D., 2007, p. 1648 ; CHOPARD L., GALZY G. et HEMMELE J., *Pour une fiducie à la française in La loi Dailly*, Castelange diffusion, 1988 ; COURTIER A.-S., *La fiducie et le principe d'unité du*

patrimoine, Gaz. Pal., 15 février 2007, n° 46, p. 3 ; CROCQ P., *Lacunes et limites de la loi* (du 19 février 2007) *au regard du droit des sûretés*, D., 2007, p. 1354 ; *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France*, D., 2009, p. 716 ; DAMMAN R. et DUFOUR O., *La fiducie achève de faire sa place dans le droit français*, Les Petites Affiches, 27 mars 2009, n° 62, p. 3 ; DAMMAN R. et PODEUR G., *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?*, D., 2007, p. 1359 ; DAUCHEZ O., *Le régime fiscal de la fiducie*, J.C.P. éd. G., 18 avril 2007, I, 175 ; DAUNIZEAU J.-M., *Le dépôt fiduciaire*, Banque et droit, 1993, n° 30, p. 14 ; DECHEUX P., *La fiducie ou du sens des mots*, D., 1997, p. 35 ; DELEBECQUE Ph., *La responsabilité du fiduciaire*, Droit & Patrimoine, novembre 2009, p. 42 ; DELFOSSE A. et PENIGUEL J.-F., *Premières vues sur la fiducie*, Defrénois, 2007, art. 38571, p. 581 ; DELPECH X., *Pas de consécration générale de la cession de créance à titre de garantie*, D., 2007, p. 76 ; DERGATCHEFF C., *Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2060 ; DUMONT-LEFRAND M.-P., *Le dénouement de l'opération de fiducie*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 63 ; DUPICHOT Ph., *Opération fiducie sur le sol français*, J.C.P. éd. G., 14 mars 2007, I, 121 ; DWARKA A. et MICHEL F., *Trust et (in)transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, Gaz. Pal., 11 mai 2000, n° 132, p. 18 ; ELLAND-GOLDSMITH M., *Fiducie et trust. Eléments d'une comparaison*, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 241 ; FUMENIER P., HAYDEN MILLER J., et DORIN S., *Le régime fiscal de la fiducie*, D., 2007, p. 20 ; FERRY C., *La fiducie-gestion du projet de loi de mai 1992 : quelques questions théoriques et leur enjeu pratique*, Les Petites Affiches, 14 octobre 1992, n° 124, p. 13 ; FILIBERTI E. et MARINI(Ph., *La fiducie bientôt reconnue en droit français ?*, Les Petites Affiches, 1 mars 2005, n° 42, E. et MARINI Ph., *La fiducie bientôt reconnue en droit français ?*, Les Petites Affiches, 1 mars 2005, n° 42, p. 3 ; GERMAIN M., *La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, p. 3 ; GOBIN A., *Fiducies sans la fiducie*, J.C.P. éd. N., 1994, n° 44-45, p. 315 ; GOLDSMITH J.- C., *Régime fiscal de la fiducie et du trust*, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 244 ; *Quel statut fiscal pour la fiducie ?*, Banque, 1991, p. 725 ; GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 897 et art. 35094, 30 septembre 1991, p. 961 ; *Problèmes actuels des sûretés réelles*, Les Petites Affiches, 26 juin 1996, n° 77, p. 7 ; GUILLENCHMIDT J. de et CHAPELLE A., *Trusts, business trusts et fiducie*, Les Petites Affiches, 25 juin 1990, n° 76, p. 8 ; HAZAN S., *Fiducie à la française*, Les Petites Affiches, 12 juin 2007, n° 117, p. 5 ; HOHL B., *Une seule fiducie, ça suffit !*, Gaz. Pal., 4 juin 2005, n° 155, p. 2 ; *Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2052 ; JADAUD B., *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites Affiches, 10 juin 2009, n° 115, p. 4 ; JAMIN C., *L'avocat, le fiduciaire et le tiers*, D., 2007, p. 1492 ; JAUFFRET-SPINOSI C., *Trust et fiducie*, Litec, Mélanges en hommage à Alain Sayag, 1997, p. 329 ; KAN-BALIVET B., *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 70 ; KUHN C., *La mission du fiduciaire*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 52 ; LARROUMET C., *La fiducie inspirée du trust*, D., 1990, p. 119 ; *La fiducie, une révolution dans notre droit. Introduction*, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 239 ; *La fiducie, une révolution dans notre droit. Conclusion*, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 9 ; *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D., 2007, p. 1350 ;

LE GALL J.-P., *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2058 ; LEROY M., *Le passif fiduciaire*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 58 ; LIBCHABER R., *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois, 2007, art. 38639, p. 1194 ; LORANG A., *La fiducie luxembourgeoise*, Droit & Patrimoine, novembre 1995, p. 37 ; LUCAS F.- X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997 ; LUCAS F.- X. et SÉNÉCHAL M., *Fiducie vs sauvegarde. Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir*, D., 2008, p. 29 ; MALLET-BRICOUT B., *Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 79 ; MARINI Ph., *La fiducie, enfin !*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2050 ; MONDINO J., *La fiducie : aspects comptables*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2057 ; MORTIER R. et LE MENTEC F., *Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 82 ; NEAU-LEDUC Ph., *Les contraintes fiscales de la fiducie*, R.D.C., 1^{er} juillet 2007, n° 3, p. 861 ; OLLARD R., *La fiducie : aspects de droit pénal*, R.S.C., 2009, p. 545 ; PANDO A., *La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques*, Les Petites Affiches, 23 janvier 2009, n° 17, p. 3 ; PEGUET P. et FRANCOIS-MARSAL H., *Fiducie et portage, quelques remarques complémentaires*, Banque et droit, 1991, n° 16, p. 64 ; PELLIER J.-D., *Regard sur la fiducie-sûreté*, Les Petites Affiches, 21 mars 2007, n° 58, p. 6 ; PETIT B., *La fin de la treuhandanstalt : création de nouvelles contraintes juridiques et insertion dans le marché pour les nouveaux länder allemands*, Les Petites Affiches, 6 janvier 1995, p. 21 ; PETRONI-MAUDIÈRE N., *Aménagement du régime de la fiducie tel qu'il avait été complété par l'ordonnance*, E.D.F.P., 1^{er} juillet 2009, n° 4, p. 6 ; PIEDELIEVRE A., *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal., 26 mai 2007, n° 146, p. 2 ; PIERRE J.-L., *Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ?*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 95 ; PISANI C., *La fiducie*, Defrénois, 1990, art. 34772, p. 535 ; PRAICHEUX S., *La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique*, Bull. Joly Bourse, 2009, § 21, p. 144 et s ; PUIG P., *La fiducie et les contrats nommés*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 68 ; RAYNOUARD A., *Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, J.C.P. éd. N., 12 juin 2009, p. 3 ; REBATTET Ph., *Un nouvel outil pour la construction de la fiducie*, Droit & Patrimoine, avril 2009, p. 24 ; REYMOND C., *Vers une autre fiducie ?*, Bruylant Bruxelles, Mélanges en hommage à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 659 ; ROCHFELD J., *La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses*, R.T.D. Civ., 2007, p. 412 ; RODRIGUEZ-AZUERO S., *La fiducie commerciale en Colombie et la loi française instituant la fiducie*, Les Petites Affiches, 7 août 2007, n° 157, p. 3 ; SEELVIANDON E., *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Thèse Paris II, 1979 ; SERVAN-SCHREIBER P., *La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? Comparatif fiducie/stitching*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2055 ; TANDEAU DE MARSAC S., *L'avocat et la fiducie*, Gaz. Pal., 6 août 2009, n° 218, p. 4 ; TRIPET F., *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6 ; UETTWILLER J.-J., *Avocat et fiducie*, Droit & Patrimoine, mars 2009, p. 26 ; VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051 ; WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Thèse, préface de SCHMIDT D., Economica, 1981 ; *Réflexions sur la fiducie-sûreté*, J.C.P. éd. E., 1993, I, 244 ; *Untexte exemplaire : le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*, Droit et pratique du commerce international, 1984, p. 139 ; *Les transferts*

DELLA CONVENZIONE DI PORTAGE. LA POSITIVIZZAZIONE NORMATIVA DELLA PRASSI.

La tipologia classificatoria francese

Secondo la dottrina²⁵⁹ e in particolare Cornu, la fiducie è un « *acte juridique (contrat ou dans certains cas legs) par lequel une personne, nommée fiduciaire, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne, nommée fiduciaire, soit à titre de garantie d'une créance (fiducie à fins de sûreté) sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer [...], soit en vue de réaliser une libéralité (fiducie à fins de libéralité) sous l'obligation de retransférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt de celui-ci ou d'une autre personne pendant un certain temps, soit afin de gérer le bien dans l'intérêt du fiduciaire sous l'obligation de le rétrocéder à ce dernier, à une certaine date (fiducie à fins de gestion) ».*

Come può osservarsi dal punto di vista definitorio emergono alcune considerazioni interessanti :

- *La fiducie viene ricondotta all'alveo dei contratti nominati. Sembra che da un piano dogmatico vi sia l'esigenza prima ancora di definire il piano concettuale delle fattispecie fiduciarie (nella dicotomia fiducie nominate e innominate), risolvere la questione sul piano civilistico, collocando il nuovo contratto nel c.d. diritto comune dei contratti civilistici.*
- *In secondo luogo si cerca di fornire una risposta all'esigenza di coordinamento con la pluralità delle fattispecie fiduciarie pregresse.*
- *Infine si cerca di definire la situazione reale del fiduciario.*

In particolare si veda:

:« Le transfert de propriété que toute forme de fiducie devrait produire se bâtit inmanquablement en contemplation du modèle de la vente, archétype des contrats translatifs, avec à la clef les délicates questions de délivrance et de garanties. L'obligation de conservation inhérente à la situation du

fiduciaires à titres de garantie in Les opérations fiduciaires, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 73 ; Réflexions sur la fiducie-sûreté, J.C.P. éd. E., 1993, I, 244 ; La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au trust, D., 2007, p. 1369.

²⁵⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6^{ème} éd. mise à jour « Quadrige », 2004.

fiduciaire tenu de gérer le patrimoine transmis dans l'intérêt du bénéficiaire s'inspirera de celle du dépositaire même si, contrairement à ce dernier, le fiduciaire est investi de la propriété des biens à conserver. La mission fiduciaire devrait elle-même se calquer sur celle du mandataire tant la fiducie apparaît avant tout comme une technique de gestion des biens d'autrui. À supposer que le contrat de fiducie autorise le fiduciaire à user et à jouir des biens qui lui sont transmis, ce sont les contrats de bail et de prêt qui devraient être sollicités. Enfin, et sans que l'énumération soit exhaustive, pour peu que la fiducie se rapporte à des biens futurs comme l'article 2011 du Code civil l'y autorise, c'est le contrat d'entreprise qui pourrait être mobilisé part entière et non pas un contrat d'inspiration civiliste.... »

Dal punto di vista pratico²⁶⁰ si cerca di definire la mission del fiduciario in rapporto alla proprietà temporanea dei beni attribuiti dal fiduciante, che divengono uno strumento per l'esecuzione del programma.

Si nota altresì che la dicotomia fiducia gestion e fiducia suretè constitue ormai un dato acquisito del negozio fiduciario nell'ordinamento francese. Soprattutto nel caso della fiducia gestion, il modello operativo del portage pare essere replicato sia nelle fiducie nomme che in quelle innominate.²⁶¹

²⁶⁰ LARROUMET C., *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D., 2007, p. 1350 ; AYNÈS L. et CROCQ P., *Les sûretés - la publicité foncière*, Defrénois, 2ème éd., 2006, p. 334 ; GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 900 ; WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Thèse, préface de SCHMIDT D., Economica, 1981.

²⁶¹ La circostanza che il modello della fiducie suretè sia ricavato per gemmazione dalla fiducie gestion, pone dei problemi applicativi, specie per quanto attiene alla figura del fiduciario e genericamente al suo status : « *Le régime juridique de la fiducie pose une autre difficulté relative à la nature des droits concédés au fiduciaire. La loi ne fait référence qu'à un « transfert » de biens, de droits ou de sûretés, sans jamais évoquer un transfert de propriété. La méthode est évidemment critiquable, car le mot pêche par son imprécision* » (BLANLUET G. et LE GALL J-P., *La fiducie, une oeuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. N., 2007, I, n° 36, p. 20.)

A riguardo si può citare quanto il senatore Marini enuncia circa la natura della fiducie « *Il s'agit d'un contrat synallagmatique translatif de propriété à titre temporaire et pour une fin déterminée, impliquant une relation triangulaire* » così 1387 MARINI (Ph.), *La fiducie, enfin !*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2050, p. 5.

(BARRIÈRE F., *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2053, p. 13 ; DELFOSSE A. et PENIGUEL J.-F.) *Premières vues sur la fiducie*, Defrénois, 2007, art. 38571, p. 582 ; DUPICHOT (Ph.), *Opération fiducie sur le sol français*, J.C.P. éd. G., 14 mars 2007, I, 121, p. 5 ; LARROUMET C., *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D., 2007, p. 1353 ; MONDINO J., *La*

Se si prende in esame il portage come prototipo della fiducia gestion è necessario, prima di trarre alcune indicazioni di disciplina, ricordare come la prassi ci consegna due schemi base:

a) la *sottoscrizione di azioni di nuova emissione da parte del porteur*

b) il *contratto di compravendita stipulato* tra il porteur e a seconda dei casi l'ordinante stesso ovvero un terzo

L'analisi della prassi commerciale evidenzia una variegata molteplicità di situazioni, nelle quali il ricorso a schemi negoziali di *portage* risulta particolarmente funzionale.

Esso risulta, ipso facto, uno strumento quanto mai versatile ed adattabile²⁶².

Delineata la morfologia della fiducia gestione sub specie di portage, viene in conto il profilo tecnico che ha messo alla prova le resistenze della letteratura francese all'introduzione di un nuovo concetto generalizzato di contratto di fiducia. Intendiamo con questo riferirci al tema della natura reale o fittizia

fiducie : aspects comptables, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2057, p. 31 ; PIEDELIEVRE A., *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal., 26 mai 2007, n° 146, p. 3 ; WITZ C., *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au trust*, D., 2007, p. 1369). Une autre interprétation avait été proposée lors d'une précédente tentative d'introduire la fiducie en droit français (*Projet de loi instituant la fiducie*, déposé le 20 février 1992, A.N., projet de loi n° 2583). Secondo (LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 615, p. 316 et 317.)

1390, il fiduciario sebbene sia assimilato ad un proprietario deve essere considerato un titolare di un diritto di credito. Secondo questa ricostruzione la fiducie « *réaliserait un transfert sui generis de droits du constituant vers le fiduciaire, transfert qui ne serait pas réductible à un transfert de propriété* »

Si tratterebbe quindi di definire quale sia il regime di questo trasferimento sui generis e di quale diritto disponga il fiduciario.

²⁶² P.M. PUTTI, *Negozio fiduciario (voce) in Difetto discipline priv. Sez. civ. Torino 2003.*, p.111. Nel nostro ordinamento da un punto di vista pubblicistico la dialettica ha visto contrapporsi il principio di riservatezza con quello di trasparenza, con soluzione del conflitto in favore di quest'ultimo, in un ambito privatistico deve essere assicurata la tutela della riservatezza delle relazioni commerciali.

Il tema centrale e più delicato intorno al quale si è concentrato il dibattito sul portage, nella dottrina e nella giurisprudenza d'Oltralpe è stato da sempre quello della natura reale o fittizia dell'assetto proprietario che viene a determinarsi in capo al porteur.

dell'assetto proprietario che viene a determinarsi in capo al porteur. In questo viene quindi ad essere richiamato sia:

- Il concetto di proprietà fiduciaria
- (ma prima ancora) la funzione della fiducia nell'immettere un regime di separazione patrimoniale idoneo a creare una forma di proprietà fiduciaria funzionalizzata;
- (e a monte) *la funzione disarticolante della simulazione, attesa la contiguità empirica* con il fenomeno fiduciario, attraverso la creazione della proprietà simulata.

Non sono mancati autori²⁶³ che hanno semplicisticamente ricondotto il portage nell'ambito delle convenzioni *pretenome*, nonché la sentenza Trib. Gr. INst. Lille, 28 ottobre 1986²⁶⁴, che ha fatto ricorso, più sulla base di una assimilazione prasseologica, che causa cognita, alla disciplina della simulazione (e all'intestazione fittizia) per analizzare il fenomeno.

Al contrario da parte di altri autori si è evidenziato come la differenza tra un trasferimento\investitura simulato e un portage debba individuarsi nella natura inevitabilmente e strutturalmente precaria e instabile che caratterizza il trasferimento\investitura simulato (nel quale il reale titolare della proprietà si riserva di disvelare in ogni momento il reale assetto proprietario dissimulato), laddove invece nel portage le parti hanno inteso dar corso ad un trasferimento\investitura reale di proprietà in capo al porteur e in quanto tale, stabile e non unilateralmente reversibile, per quanto chiaramente temporaneo²⁶⁵. Per gli Autori francesi la stabilità temporanea del rapporto costituisce il principale elemento di differenziazione rispetto alla simulazione e al fenomeno fiduciario *latu sensu* inteso

Il trasferimento\investitura in capo al porteur si caratterizza proprio per la temporaneità ed è vincolato sin dall'inizio all'impegno al ritrasferimento delle azioni in capo all'ordinante o al soggetto da questi designato.

Ci si deve chiedere se la limitazione dei poteri di disposizione delle azioni da parte del porteur sia compatibile con la pienezza e assolutezza che caratterizzano una situazione proprietaria dominicale.

²⁶³ PH. GUMERY, cit p.42.

²⁶⁴ in Rev.soc.1987, p.600, con nota di CL. WITZ.

²⁶⁵ Così testualmente P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.10s.

Si deve osservare come il vincolo di indisponibilità di natura obbligatoria, che sia connesso alla promessa unilaterale di vendita e sia assunto dal porteur a favore dell'ordinante non deprime il contenuto del diritto di proprietà. Ciò è desumibile ex professo dalla disciplina della patologia del rapporto, così come segnalato dalla dottrina.²⁶⁶ La violazione dell'obbligazione di ritrasferimento assunta da porteur nei confronti dell'ordinante, per effetto della cessione delle azioni che fosse intervenuta ad un terzo, non sarebbe sanzionabile su un piano meramente e obbligatorio. Infatti è escluso che si possa esperire in'azione di rivendica e il terzo prevarrebbe anche in caso di malafede.²⁶⁷

10)(SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE. LA FIDUCIE GESTION E IL RAPPORTO CON IL PROTOTIPO DELLA CONVENZIONE DI PORTAGE. LA MORFOLOGIA DEL PACTUM.

Da qui deriva l'acribia con cui viene disciplinata la convenzione di portage.

Verranno disciplinati nel dettaglio i modi del ritrasferimento dei titoli in capo all'ordinante. La programmazione iniziale delle modalità di uscita dell'operazione diviene pertanto un elemento discriminante della fattispecie riverberandosi su tutto il corso dell'assetto negoziale dell'operazione.

E' solo la certezza di poter uscire dall'operazione nei tempi previsti,²⁶⁸(senza ricevere danni patrimoniali imprevisti o vedersi coinvolto con investitura di ruoli esorbitanti lo iussum, o per meglio dire il pactum, con la conseguenza di rinvenire, nel nuovo corso dell'operazione, dei titoli di responsabilità inediti, non sempre ammortizzabili alla luce della *compesatio lucri cum damno*) che induce il porteur a prestare un servizio, nel quale egli non ha alcun interesse, salvo quello eventuale ad una remunerazione.

Anche l'ordinante deve poter avere la certezza, alla scadenza dell'operazione, di rientrare pienamente nella proprietà delle azioni. Il servizio pertanto si compendia nell'acquisizione temporanea della vera proprietà delle azioni, su richiesta e nell'interesse dell'ordinante.

²⁶⁶ P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.12.

²⁶⁷ .CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.12.

²⁶⁸ CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.12.

Ciò che costituisce fattore dirimente dell'intera operazione è la modalità attuativa del c.d. ritrasferimento. Esso non può avvenire con efficacia retroattiva, perché in tal caso difetterebbe a livello causale l'intera operazione.

E' proprio la c.d. fase di smontaggio dell'operazione, il nodo gordiano dell'intera struttura. Campeggia, infatti, il rischio per l'ordinante di vedersi rifiutare il ritrasferimento delle azioni.

Nello specifico, il rischio grava anche sul porteur, il quale potrebbe trovarsi innanzi al rifiuto dell'ordinante di onorare il suo impegno di riacquisto, ad esempio perché il valore delle azioni abbia subito un deprezzamento.

L'efficacia dell'operazione deve essere garantita, a monte, da una serie di pattuizioni incrociate.

Da un punto di vista della struttura negoziale, nella prevalenza dei casi il risultato di ritrasferimento della proprietà alla fine dell'operazione viene garantito, sin dalla sua conclusione, mediante apposizione nella stipulazione di un meccanismo di opzioni incrociate di acquisto²⁶⁹ e di vendita²⁷⁰ a prezzi prefissati.

Secondo la dottrina in commento²⁷¹ piuttosto frequentemente, specie nelle operazioni assistite da finalità di estrema riservatezza e talvolta, nel contesto delle operazioni elusive, in assenza di una formalizzazione di una più ampia e dettagliata convenzione negoziale di portage, l'operazione potrà essere formalizzata solo con la struttura negoziale delle opzioni put & call.

In particolare le opzioni put & call possono campeggiare anche in un contesto diversamente strutturato e non in associazione con il portage, come nel contesto di operazioni di m&a.

²⁶⁹ Goduta dall'ordinante verso il porteur, il quale rilascia dunque nei confronti del primo una proposta irrevocabile di vendita, la c.d. opzione call

²⁷⁰ Goduta dal porteur verso l'ordinante, il quale rilascia nei confronti del primo una proposta irrevocabile di acquisto, c.d. opzione put.

²⁷¹ P. CARRIERE cit. p.13 nt.12 e segnatamente E. BARCELLONA, *Clausole di put&call a prezzo predefinito- fra divieto di patto Leonino e principio di corrispettività*, Milano, 2004, p.3

In questo caso, si vuole scaglionare nel tempo il passaggio della proprietà azionaria, mantenendo transitoriamente in veste di socio di minoranza il socio imprenditore venditore²⁷².

L'opzione call non determinando alcun efficace vincolo di indisponibilità reale delle azioni opzionate, non esclude il rischio di abuso da parte del Porter, che addivenisse ad una alienazione ai terzi, frustrando le opzioni di riacquisto dell'ordinante.

Per questo secondo la dottrina²⁷³, nel contesto nostrano, un'articolazione dell'operazione che faccia ricorso ad un negozio fiduciario unitario consentirebbe di abbandonare il ricorso al fuorviante schema della compravendita per giustificare il ritrasferimento della proprietà in capo all'ordinante. Verrebbero altresì superati una serie di problemi di incompatibilità tra la causa propria del potage e la disciplina legale della compravendita.

²⁷² Per questo motivo una struttura negoziale che conceda al socio che trasferisce la partecipazione di controllo, una opzione put ad un prezzo minimo garantito, che sia pressoché equivalente al prezzo del trasferimento immediato del controllo, avente ad oggetto la residua partecipazione di minoranza e corrispondentemente al compratore un'opzione call a prezzo massimo predefinito (che normalmente è superiore al prezzo a pronti), consente di conciliare efficacemente l'esigenza di quest'ultimo di mantenere, per un certo tempo, in società l'imprenditore trasferente, *al fine di gestire una transazione non traumatica del controllo con esigenza del socio uscente di vedersi garantita una uscita successiva ad un prezzo fisso nel minimo e variabile verso l'alto in ragione dell'andamento della società*. In tal modo il socio uscente, da un lato sarà garantito da eventuali deprezzamenti, che fossero imputabili alla nuova gestione e dall'altro, sarà incentivato a garantire un passaggio non traumatico, potendo esso partecipare agli incrementi di valore della società. Il nuovo controllante riuscirà a limitare nel massimo, in virtù dell'opzione call a prezzo massimo predefinito, la partecipazione del socio uscente agli incrementi di valore che, oltre una certa soglia, potranno presumersi dovuti al nuovo corso.

Il ricorso a tale struttura è sicuramente in grado di dare garanzie o meglio di consentire un automatismo attivabile unilateralmente, circa l'efficace uscita dall'operazione, sia all'ordinante, che al porteur.

Lo strumento dell'opzione consente all'opzionario di addivenire unilateralmente alla conclusione del contratto di compravendita, che determina il riacquisto nel caso di esercizio dell'opzione call o la rivendita nel caso dell'opzione put solo formulando la sua dichiarazione unilaterale di esercizio. Tale meccanismo squalifica, perché superflua l'applicazione dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. che secondo l'orientamento dottrinale sarebbe disponibile al fiduciante al fine di riacquistare la proprietà dei beni trasferiti fiduciariamente al fiduciario che si renda inadempiente all'obbligo di ritrasferimento.

²⁷³ Testualmente P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.14 e ivi nt.13 e 14.

Per questo nella prassi si addivene alla formalizzazione della sola opzione put per scongiurare ogni forma di censurabilità giuridica dell'operazione. Questa è espressamente la variante applicata nel contesto francese, al fine di scongiurare il rischio di applicazione dell'art. 1589 c.c.fr., in base al quale *la promesse de vente vaut vente, lors-qu'il y a consentement reciproque des deux parties sur la chose et le prix*. È infatti la coesistenza di due opzioni incrociate di acquisto e di vendita è stata interpretata in giurisprudenza alla stregua di una vendita perfetta²⁷⁴, con conseguente neutralizzazione del portage. La dottrina francese risulta essere in parte critica a questa ricostruzione, (si veda P.Sourmani).²⁷⁵

Nella dottrina e giurisprudenza francesi, come si è detto il profilo temporale riveste un rilievo centrale nella valutazione di liceità dell'operazione. Una durata troppo estesa o troppo limitata possono essere valutati come indici sintomatici di un utilizzo elusivo della fattispecie.

Alcuni autori²⁷⁶ si spingono a segnalare che un esercizio delle opzioni put e call troppo esteso, fino al limite di sovrapporsi alla durata stessa dell'operazione, rischia di compromettere la possibilità di ricostruire il portage come forma autonoma di fattispecie, determinandone la confluenza nei fenomeni simulatori, con intersezione conseguente, a livello fattuale, della proprietà fiduciaria con la proprietà simulata.

Un ulteriore caratteristica è rappresentata dal fatto che l'iniziativa e l'interesse per le operazioni risiede esclusivamente in capo all'ordinante, nell'interesse esclusivo del quale, infatti il porteur si determina ad entrare nell'operazione, al fine di prestare ad esso un servizio per il quale normalmente verrà remunerato.

²⁷⁴ Cour d'Appel de Paris, 11 giugno 1993, in *Dr. Soc.*, 1993, n.226

²⁷⁵ P.SOURMANI, cit. Nt. 7 par.1, p.514.

Si noti che in Italia non vi è un'elaborazione civilistica e giurisprudenziale analoga che possa frustrare le ragioni del portage.

²⁷⁶ D. SCHMITHD, Cl.WITZ e J-L.BISMUTH, *Les opérations fiduciaires en droit français*, in *Les operazioni fiduciarie*, Lussemburgo, 1984, p.314; J.M. MOUSSERON, *Le devenir de conventions de portage*, in *Re. Dr. Banc.* 1991, p.133.

L'intervento del porteur viene pertanto inquadrato in termini di servizio, divenendo questo un elemento definitorio della fattispecie²⁷⁷.

Affinché un trasferimento/investitura temporaneo di proprietà possa qualificarsi come portage, sarà necessario che tale effetto consegua, alla esplicita intenzione del porteur di rendere un servizio a beneficio dell'ordinante e consistente, nel consentirgli di non essere temporaneamente azionista della società, pur preservandogli la possibilità di tornare ad esserlo in futuro.

Dal momento che questo costituisce il fulcro della fattispecie, diviene recessiva la considerazione che eventualmente e naturalmente si faccia circa l'esercizio dei diritti sociali, da parte del porteur, in seno alla società, nel corso dell'operazione.

Al servizio del puro portaggio potranno associarsi altre prestazioni di varia natura che bisognerà distinguere da quella caratteristica del portage.

Secondo certa dottrina la natura di servizio rivestita dal portage dovrebbe produrre la squalifica, ex se, di tutte le ipotesi in cui lo schema venga utilizzato come forma di mera garanzia di credito, in maniera accessoria e quindi a beneficio e nell'interesse del creditore presunto porteur.

In questi casi, infatti, vi è differenza rispetto alle operazioni di portaggio, dove il porteur rinviene come unico beneficio la remunerazione verso il servizio prestato.

11) (SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE. LA FIDUCIE GESTION E IL RAPPORTO CON IL PROTOTIPO DELLA CONVENZIONE DI PORTAGE E CON IL PORTAGE-SURETÈ.

La dottrina francese ha impostato pertanto una ricostruzione del portage alla stregua di una autonoma fattispecie negoziale, che tende ad escludere il portage suretè dal novero delle operazioni di portage, dal momento che in queste fattispecie viene proprio a mancare il coefficiente referenziale dell'operazione.

²⁷⁷ In termini di "rilievo definitorio centrale della fattispecie" si esprime P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit.p.16s e p.16 nt.17 con ampio richiamo della letteratura francese sul tema.

Da questo punto di vista, si può pertanto sostenere come espresso in ipotesi nell'incipit del paragrafo, che la *fiducie* gestione, o fiducia operativa è integralmente riconducibile alla struttura classica del portage e in particolare:

- A) *La natura di contratto di servizio del portage costituisce il proprium operativo della fiducie*²⁷⁸;
- B) *Il servizio del porteur si concretizza attraverso un negozio ad effetto reale, che costituisce il veicolo per poter dare ingresso ad un trasferimento/investitura temporaneo di proprietà;*
- C) *Il negozio ad effetto reale subisce un correttivo attraverso la convention de portage/pactum fiduciae, con cui viene manifestato l'intenzione del porteur di rendere un beneficio all'ordinante.*
- D) *L'oggetto temporaneo del servizio consiste nell'essere temporaneamente azionista della società.*

L'unico eventuale interesse del porteur nell'operazione deve ravvisarsi nella remunerazione attesa dalla prestazione del servizio reso all'ordinante, che normalmente è indicizzata, sulla base di parametri disancorati dall'andamento della società, i cui titoli sono oggetto dell'operazione.²⁷⁹

L'intervento del porteur deve risultare per sua natura disinteressato rispetto alle sorti della società sulle cui azioni ha luogo il portage. La logica dell'operazione richiede che l'andamento positivo o negativo del valore delle azioni portate sia del tutto neutro, per la sfera patrimoniale del porteur, che da un lato, dovrà trasferire all'ordinante ogni connesso beneficio tratto dall'operazione, dall'altro dovrà essere integralmente indennizzato dall'ordinante, per ogni eventuale conseguenza patrimoniale negativa che possa derivargli.

²⁷⁸ D .SCHMIDT, cit. Nt.7 par.1, p31ss; J.P.BORNET, cit, nt.3, p.74;G.RIPERT-R.ROBLOT, cit.nt 8,par.1 n.2476;M.COZIAN e A.VIANDIER, *Droit de sociétés,III ed.* Parigi, 1987 n.1837;D. DE TCHAGUINE-SEGURET e H. FRANCOIS-MARSAL, *Portage, a clarifocation nécessaire*, in *Gaz. Pal.*,1989, p.244; M. VASSEUR, *L'ingénierie financière*, in *Rev. Banque*,1990, p.12; CL.WITZ, nota a Trib. Gr. Inst. Lille, 28 ottobre 1986, cit, nt.6; A. VIANDER e J-J.CAUSSAIN, *Chronique e drit des sociétés*, in *J. C.P.*,1993,I, 3652 n.2

²⁷⁹ Ogni aumento o diminuzione nel valore delle azioni deve incidere esclusivamente sul patrimonio dell'ordinante.

Resta da definire il perimetro applicativo del *pactum fiduciae in cui iscrivere la convention de portage*:

I-L'esercizio dei diritti sociali: La disciplina negoziale delle modalità di esercizio dei diritti sociali, non costituisce un elemento caratteristico della fattispecie (quindi può essere considerato un elemento accidentale).²⁸⁰ Tuttavia, sovente, le parti disciplinano dettagliatamente le modalità di esercizio dei diritti sociali. In primo luogo, viene in conto l'esercizio del diritto di voto da parte del porteur nelle assemblee della società. Tuttavia può mancare una disciplina dettagliata sul punto ed essere tutto rinviato alla discrezionalità del porteur.

II-L'inadempimento del porteur. Qualora il porteur non si attenga alle istruzioni o alla tutela dell'ordinante, l'ordinante potrà invocare l'inadempimento della convenzione di portage e richiedere la risoluzione anticipata del contratto.

III-L'interesse dell'ordinante all'operazione, il profilo causale. L'interesse del reale andamento della società è però prerogativa dell'ordinante, che solo è destinato a ridiventare azionista della società.²⁸¹

IV-I punti dirimenti di disciplina. La sorte dei dividendi. La convenzione di portage prevede altresì la disciplina della sorte dei dividendi. La società, infatti, fa capo al porteur nella sua veste di azionista vero. La convenzione di portage dovrà allora prevedere che i dividendi riscossi dal porteur

²⁸⁰ Proprio questo sarebbe l'aspetto destinato a creare maggiore frizione con alcuni principi che informano il diritto societario italiano.

Ci si chiede se la natura del portage risulti incompatibile con l'*affectio societatis*, che deve caratterizzare ogni partecipazione societaria.

Deve altresì essere verificata la compatibilità del portage con il divieto del *patto leonino* previsto ex art. 2265 c.c..

In questo caso, la convenzione di portage provvederà a disciplinare ogni segmento dell'operazione, descrivendo i diritti e gli obblighi delle parti, con capacità produttiva, in ordine agli eventuali scenari idonei ad avere ripercussioni sul prezzo o valore delle azioni. L'efficacia di tali pattuizioni è meramente obbligatoria.

²⁸¹ Per quanto attiene all'esercizio del diritto di voto, vi sarà sempre la previsione non di un esercizio diretto da parte dell'ordinante, ma di un esercizio del porteur in conformità alle istruzioni ricevute dall'ordinante.

debbano essere immediatamente retrocessi all'ordinante, nel corso del rapporto, o alla scadenza di esso, contestualmente al ritrasferimento.²⁸²

V-Sorte delle nuove azioni. Un altro profilo solitamente oggetto di disciplina compiuta è quello della sorte delle nuove azioni, derivanti da successivi aumenti di capitale, gratuiti o a pagamento e, in questo caso quello dell'esercizio del diritto di opzione.²⁸³

VI-Le c.d.clausole di riserva. La giurisprudenza francese sostiene che, anche in assenza di esplicite pattuizioni nei termini indicati²⁸⁴, alla luce della ratio sottesa ad ogni operazione di portage, dovrà considerarsi *precepto* il concreto assetto di interessi tra le parti.²⁸⁵

²⁸² E in tal caso, portati a decotto della remunerazione dovuta al porteur e laddove questa sia incorporata nel prezzo di ritrasferimento delle azioni dedotta da tale prezzo così P. CARRIERE, cit.

E' possibile, altresì, che il porteur possa disporre del suo diritto di credito futuro per i dividendi futuri, a favore dell'ordinante, in maniera opponibile alla società stessa, attraverso una cessione o un pegno di credito futuri ad essa debitamente notificati. Tuttavia tale soluzione avrebbe un effetto compromissorio per il regime di riservatezza. Per garantire la *neutralità finanziaria del porteur*, occorrerà che l'ordinante indennizzi il porteur da tutte le ricadute fiscali, che possano conseguire per effetto della percezione dei dividendi.

²⁸³ Per quanto attiene *agli aumenti gratuiti*, in forza del principio di neutralità, sarà previsto che l'ordinante mantenga integri e quindi rimangano esercitabili, a parità di prezzo, tutti i diritti derivanti dall' *opzione call*, che dovrà essere automaticamente esercitabile, anche con riferimento a tutte le azioni assegnate gratuitamente al porteur, nel corso del rapporto.

Analoga pattuizione disciplinerà tutte le ipotesi, che possano veder trasformate o sostituite le azioni oggetto di portage a seguito di operazioni societarie, che possano interessare la società emittente, quali trasformazioni e scissioni.

²⁸⁴ In assenza di alcuna controdi chiarazione tipica del fenomeno simulatorio, si avrà al contrario una convenzione contrattuale che disciplinerà minuziosamente, la reciproca garanzia di entrambe le parti, tempi e modi dello svolgimento del servizio reso dal porteur all'ordinante e, in particolare, i tempi e i modi dello smontaggio dell'operazione. In tal senso, la dottrina transalpina è giunta a riconoscere come tratto centrale di ogni operazione di portage proprio la sua attitudine a provocare un trasferimento/investitura transitorio ma stabile, reale e non simulato della proprietà in capo al porteur.

Il trasferimento/investitura di proprietà in capo al porteur si caratterizza, per essere per sua natura temporaneo, risultando essere vincolato sin dall'inizio, con l'impegno del ritrasferimento delle azioni in capo all'ordinante o soggetto da questi designato

²⁸⁵ Sebbene il terreno di elezione delle operazioni di portage sia la riservatezza, la prassi ne attesta una diffusa applicazione, in contesti che esulano dall'area esplicativa, che abbiamo definito della fides-riservatezza-segretezza.

Si tenga presente che, se i rapporti in commento hanno avuto un' intersezione con profili pubblicistici, è stato rinvenuto nella trasparenza un argine garantistico al *manare laltissime* della riservatezza.

In particolare: *in relazione all'assunzione di partecipazioni sociali*, il ricorso ad una operazione di portage azionario sarà spesso adottato, da parte di chi non voglia disvelare transitoriamente agli altri soci, o a terzi in genere, l'intenzione di acquisire o accrescere una partecipazione sociale. *In questo caso il portage sarà dunque finalizzato a rendere non trasparente il percorso attraverso cui si vuole raggiungere quel determinato scopo.*

Per quanto attiene al *profilo motivazionale*, questo può essere il più vario, sia per ragioni personali, che per ragioni commerciali e finanziarie. Si pensi alla frequente situazione che si presenta in occasione di passaggi generazionali con operazioni di Family o management buy out o di conflitti famigliari, ovvero la volontà di evitare l'applicazione di clausole statutarie di prelazione o di gradimento.

Vi sono i casi in cui si ricorrerà al portage al fine di evidenziare all'esterno un certo assetto azionario. Ciò potrà avvenire per motivi commerciali o reputazionali. In questa fattispecie, il socio di controllo, chiede ad un soggetto, il porteur di assumere una partecipazione in società, esclusivamente in considerazione della visibilità esterna, che positivamente potrà conseguire all'estero o verso il sistema bancario. Nel nostro ordinamento, ciò deve essere calibrato alla luce dei principi di correttezza e di tutela dell'affidamento dei terzi.

Può, altresì, essere impiegato per fornire una pronta soluzione alla necessità di procedere all'acquisizione di partecipazioni societarie, con tempestività, in un momento di temporanea carenza di disponibilità finanziaria dell'ordinante, in alternativa, ai consueti canali di finanziamento, ovvero di temporanea assenza di requisito soggettivo per l'ottenimento dei provvedimenti autorizzativi.

In ambito societario, il portage potrà essere utilizzato per aggirare l'applicazione delle clausole di gradimento o per gestire provvisoriamente l'acquisto previsto dall'art.2355-bis c.c., in caso di mancato gradimento, ovvero per dar corso alla procedura di recesso di cui all'art.2437-quater c.c. (laddove gli altri soci o la società si trovino temporaneamente in difficoltà a procedere a rilevare le azioni del socio trasferente o recedente). *Il ricorso al portage potrebbe, altresì, prestarsi ad articolare strutture difensive dell'azionariato rispetto a temute scalate ostili, prevedendo il temporaneo intervento del porteur investito del c.d.cavaliere bianco* (volto a cristallizzare l'assetto di controllo dei c.d. gruppi di comando e quindi a scongiurare il successo di tali interventi aggressivi alla compagine sociale).

Altre volte il ricorso ad operazioni di portage consentirà di risolvere situazioni di conflitto tra compagini societarie contrapposte o di superare stalli decisionali, investendo il porteur di una partecipazione che gli consentirà di svolgere transitoriamente un ruolo di paciere o arbitro.

Anche il classico problema della *attuazione coattiva delle pattuizioni parasociali*, potrebbe secondo questa dottrina (P.CARRIERE *Le operazioni di portage*,cit), essere affrontato, tramite il ricorso a strutture di portage, in alternativa agli altri meccanismi escogitati dalla prassi, quali il mandato collettivo a votare, o a comproprietà, la holding, l'intestazione fiduciaria e il trust.

In tal senso i paciscenti potrebbero trasferire le loro azioni al porteur, sulla base di autonome, ma collegate, convenzioni negoziali, finalizzate al coordinamento gestorio delle singole partecipazioni così trasferite al porteur.

In virtù di una situazione proprietaria e del conseguente status sociale assunto dal porteur, si otterrebbe il risultato di conferire efficacia reale e societaria interna, alle pattuizioni parasociali esterne, destinate altrimenti a rimanere rivestite di efficacia meramente obbligatoria.

In questo modo viene ad evidenziarsi una genuina situazione proprietaria in capo al porteur che determina la possibilità di praticare opzioni di questo tipo (superandosi le problematiche relative al comma 2 dell'art. 2372 c.c. in materia di rappresentanza assembleare nelle società aperte).

In particolare: potrebbero essere più difficilmente sostenibili le censure classicamente avanzate in dottrina, per mettere in dubbio le costruzioni escogitate dalla prassi per conferire efficacia reale ai patti parasociali e, in specie, difficile risulterà l'utilizzo dell'argomento della presunta contrarietà ai principi che nel nostro ordinamento presiedono alla corretta formazione della volontà sociale.

In altri casi il ricorso al porteur, in qualità di soggetto professionalmente qualificato, ha lo scopo di farlo intervenire nella società, esercitando le prerogative di socio di controllo, in ordine all'indirizzo gestionale della stessa, con lo scopo di prestare un servizio di tipo menageriale, per quanto temporalmente limitato a gestire una situazione di crisi o di momentanea difficoltà soprattutto (nel caso in cui l'ordinamento in questione non riconosca la legittimità del management a contratto).

Nel contesto finanziario si può osservare un utilizzo in ambito di operazioni di project financing, al fine di separare il momento gestionale del progetto, da quello proprietario, almeno nella fase più rischiosa dell'operazione e consentendo la realizzazione del progetto off-balance asset e cioè del regime di deconsolidamento, rispetto ai bilanci degli sponsors industriali, ovvero ancora rendendo possibile il coinvolgimento di sponsors finanziari in una operazione di project financing, attraverso il loro intervento temporaneo nel capitale della società di progetto.

Un altro utilizzo è nel contesto di operazioni di quotazione nei mercati regolamentati come nel caso di IPO, (initial public offer), al fine di preconstituire i requisiti minimi di capitalizzazione richiesti dal mercato con cui è richiesto il listing, tramite la deliberazione da parte dell'ordinante, socio di controllo, di un aumento del capitale riservato al porteur, il quale provvederà poi, in prossimità della quotazione, a ritrasferirgli le azioni per un corrispettivo pari al prezzo di sottoscrizione iniziale (maggiorato del compenso per il servizio prestato, che l'ordinante pagherà utilizzando i proventi derivanti dall'offerta pubblica di vendita, finalizzata alla costituzione del flottante minimo).

Nella configurazione più classica, l'operazione di portage si presenta come una di quelle tipiche operazioni di merchant banking, consistente nella partecipazione al capitale di rischio delle imprese, da parte di operatori bancari o finanziari con finalità di mero sostegno finanziario.

Nel caso specifico si tratterà di un socio imprenditore, che solleciterà l'intervento del capitale della sua società ad un socio finanziatore, con l'obiettivo di far ottenere alla società, per tale via, la disponibilità di nuove risorse finanziarie, a fronte di una maggior capitalizzazione. Questa potrebbe essere una soluzione preferibile, rispetto al ricorso a fonti di indebitamento tradizionali, sia sotto un profilo di immagine esterna della società, sia sotto il profilo economico, rivelandosi spesso meno costosa. L'operazione risulterebbe, così strutturata: una sottoscrizione di aumento di capitale riservato al socio finanziatore, porteur, la concessione a questo, da parte di un socio imprenditore, di una opzione put ad un prezzo predefinito, che sarà poi il prezzo della sottoscrizione maggiorato di una remunerazione calcolata pro rata temporis, normalmente inferiore al tasso di interessi ottenibile sul mercato per un indebitamento alternativo, tale da garantire al socio finanziatore la possibilità di uscire al tempo prestabilito, con una remunerazione finanziaria certa e senza rischio alcuno connesso al deprezzamento delle azioni. Contestualmente vi sarà un'opzione call concessa

12) (SEGUE) GLI SCHEMI OPERATIVI DELLA FIDUCIE. LA FIDUCIA GARANZIA

Come abbiamo accennato supra, l'articolazione della fiducia suretè non può definirsi autonoma, bensì costituisce una sorta di *gemmazione* della fiducia gestione, che costituisce l'archetipo del contratto di fiducie.

Anche se l'ultimo arresto normativo ha delineato con maggior precisione l'ambito operativo dell'istituto, esso ha carattere derivativo e residuale, rispetto alla fiducie gestion rimasto inalterato.

L'intento base, da cui muove il percorso normativo, è costituito dalla necessità di costituire una nuova forma di proprietà, a titolo di garanzia, che non è accessoria al credito garantito²⁸⁶.

al socio finanziatore al socio imprenditore ad un prezzo minimo che sarà normalmente pari a quello dell'opzione put e che potrà eventualmente incrementarsi, in ragione del maggior valore che potranno presentare le azioni al momento dell'esercizio.

L'esercizio della facoltà di estromissione del socio finanziatore, da parte del socio imprenditore potrà avvenire solo facendolo partecipare, nella misura che potrà variamente essere stabilita dalle parti, al maggior valore che la società avesse ottenuto anche grazie, al suo sostegno finanziario e reputazionale.

Questa modalità di finanziamento consente al finanziatore, di godere di una prospettiva interna di controllo del soggetto finanziato del tutto privilegiata rispetto alla situazione normale del finanziatore esterno. Al contempo, il socio imprenditore ha la possibilità di avere accesso a fonti di finanziamento più convenienti, senza necessità di prestare ulteriori garanzie reali, atteso che la proprietà delle azioni sottoscritte, sotto un profilo di valutazione creditizia, potrà valutarsi, entro certi limiti, alla stregua di una garanzia di restituzione del finanziamento, anche più efficace di quanto non sarebbe un pegno che fosse costituito su un equivalente pacchetto di azioni, a fronte di un normale finanziamento bancario.

²⁸⁶ Come sopra indicato, la Francia ha introdotto la disciplina della *fiducie* nel proprio codice civile nel 2007, l'ha estesa e modificata con legge n.776 del 4 agosto 2008, rivista dall'ordinanza n.1345 del 18 dicembre 2008, poi puntualizzato dall'ordinanza n.112 del 30 gennaio 2009 dalla legge n.526 del maggio 2009, che ha ratificato le due precedenti ordinanze rielaborandone in parte i contenuti, e nel decreto n.219 del 2 marzo 2010. Secondola dottrina (F. MAIMERI, *La fiducia come garanzia*, cit. p.328) *l'iter elaborato e complesso è indice sintomatico della difficoltà di inserire nell'ordinamento francese un istituto nella cui compatibilità con i principi cardine dell'ordinamento francese e della sua efficacia si dubita ancora.*

Citando, altresì, *L'exposè de motifs* che introduce *la proposta di legge Marini*, si nota che molti ordinamenti si sono dotati di strumenti che ripetono, seppur con delle differenze, il meccanismo operativo del trust anglosassone. La via prevalentemente seguita è quella del ricorso al contratto fiduciario, che ripropone il richiamo a categorie già note nei sistemi civilistici.

Si nota appena che, in Italia, la tematica è stata affrontata in maniera completamente diversa, sia perché tutta la disciplina del negozio fiduciario è allocata all'interno dei *processi, che abbiamo definito di ricezione moribus*, sia perché, per quanto attiene la tematica delle alienazioni in garanzia, il codice civile e la giurisprudenza hanno affrontato la tematica preoccupandosi di delineare i limiti esterni di liceità, sulla base del contrasto con il divieto del patto commissorio ex art.2744 c.c.²⁸⁷

Il percorso della fiducia suretè pertanto non è solo caratterizzato da una ancillarità strutturale rispetto alla fiducia gestionale operativa, ma è anche la

Si prefigura una legge che permetta l'unificazione del regime fiduciario, per evitare il moltiplicarsi dei fenomeni isolati, atipici mostrando, da un lato la compatibilità del fenomeno fiduciario con il diritto francese, ma al tempo stesso presentando il rischio che la legge perda la vocazione di applicazione generale in tali situazioni (così A. NERI *La via francese al recepimento del trust*: cit. p.71). Questa impostazione non può che essere strutturalmente e concettualmente macchinosa, trattandosi di pervenire all'insediamento di uno strumento flessibile ed efficace come il trust, utilizzando strumenti di civil law.

Non vi è quindi da meravigliarsi se la prima versione della disciplina disegna un istituto assai simile al trust, ma si mostra ancora troppo timida. Possono istituire una fiducia unicamente gli enti morali soggetti all'imposta sulle società e non dunque le persone fisiche e come F. BARRIERE, *La legge che istituisce la fiducia*, cit. p. 125, nota "questa esclusione comporterà un serio pregiudizio in quanto si conosce l'utilità pratica che uno strumento di gestione patrimoniale, come la fiducia, rappresenterebbe per soggetti vulnerabili, ovverosia le persone anziane, handicappate o malate, che sarebbero liberate dalla gestione dei loro beni, ma ne conserverebbero ogni beneficio".

L'originaria scelta restrittiva era determinata da una serie di pregiudizi nei confronti del fenomeno fiduciario e non tanto per effettivi rischi di violazioni normative, così A. NERI, *un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts, 2008*, p.596.

Così anche F. BARRIERE, *La fiducie. Commentaire de la loi n.2007-211u 19 février 2007*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. ZANCHI, Torino, 2009, p.828. Sul punto anche S.UGOLINI, *Il trust nella nuova legge francese*, cit. p.330: "tuttavia anche se con eccessiva prudenza, è stato compiuto il primo passaggio, quello più arduo, di introdurre la fiducie nell'ordinamento giuridico interno. E' presumibile che, verificato, come è accaduto in tutti i paesi, in cui sono stati introdotti meccanismi simili, che tale istituto, adottate le debite cautele, risulta non solo utile, ma anche non pericoloso, il suo campo di applicazione venga progressivamente ampliato".

²⁸⁷ M. GRONDONA, *Agency e trust; mandato e fiducia istituti a confronto*, in *Trusts, 2000*, p.357 non sorprende che in Italia, riflettendo in margine a Cass. 23 settembre 1997, n. 10031, in *Giur. Comma., 1998, II, p.301 sia stato avvertito un certo fastidio o imbarazzo, Nell'affrontare tematiche coinvolgenti i rapporti fiduciari*", dal momento che secondo l'A. La soluzione della questione è stata raggiunta dal Supremo Collegio, attraverso l'analisi dell'operazione economica giuridica, compiuta dal fiduciante, ma non mediante l'affermazione del rapporto fiduciario e della connessa separazione dei patrimoni.

risultante di stratificazioni normative e ripensamenti dogmatico-metodologici da parte del Legislatore.

In particolare è l'esigenza di migliorare la disciplina vigente ad essere colta nel 2008- 2009, nel tentativo di fronteggiare le criticità evidenziate da più parti, in punto di disciplina (sia sul piano genetico quanto su quello attuativo) e²⁸⁸ introducendo una serie di norme volte a tutelare interessi di ordine pubblico, quali le norme in materia successoria o in materia di tutela degli incapaci. L'auspicio che la nuova *fiducie* possa costituire un istituto del diritto Francese con applicazione generalizzata, secondo autorevoli commentatori, non può dirsi ancora compiuto.²⁸⁹

Non si può dire, pertanto, ancora completata la regolamentazione di diritto comune e oltre a non apparire ancora sufficientemente delineata la distinzione tra fiducia gestione e fiducia garanzia,²⁹⁰ non è ancora previsto, a pena di nullità, l'inserimento nel contratto fiduciario del credito di cui la fiducia dovrebbe costituire la garanzia.²⁹¹

In via di prima approssimazione, possono essere evidenziati i seguenti passaggi, che caratterizzano il modello fiducia suretè.

²⁸⁸ Ampliando, anche alle persone fisiche, la possibilità di accedere al contratto di *fiducie*, viene trasformato un meccanismo creato sostanzialmente per le imprese, in uno strumento di agevole accesso a chiunque.

²⁸⁹ Solo per questioni di sistematica, le regole introdotte nel Code civil in materia di *Propriété cédée a titre de garantie* si bipartisce in due sottotitoli: da una parte sta la garanzia su immobili (art.2488ss), dall'altra quella sui beni mobili (art.2372ss). Regole queste, che secondo F. BARRIERE, *La fiducia suretè*, cit. p.6, nota 13, si applicano a tutte le forme di *fiducie* corrispondenti ad una proprietà ceduta in garanzia, ovvero anche a quelle innomèe, come il *gage-espèce*. Tale disciplina convalida le operazioni di garanzie reali senza spossessamento.

L'operazione fiduciaria qui considerata consiste nel garantire un debito, nei confronti del beneficiario, trasferendo *fiduciae causa* il bene nel patrimonio del fiduciario, che potrebbe coincidere con il beneficiario.

La fisiologia del fenomeno risulta essere, così, strutturata: in caso di mancato pagamento del debito, il fiduciario divenendone proprietario ordinario, potrà liberamente disporre del bene.

L'operazione di garanzia si potrà perciò concludere in due modi: o consentendo al fiduciario di acquistare il bene e liberamente disporne, qualora assumi su di sé la veste di creditore garantito o beneficiario della fiducia; oppure obbligandolo, secondo la convenzione, a trasferire il bene al beneficiario o a venderlo e pagare con il ricavato il creditore.

²⁹⁰ A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso delle fiducie*, cit. p.597-598

²⁹¹ A. MAIMERI, *op.cit.* passim.

- a. Questo sistema di garanzia si colloca nel novero delle garanzie reali, senza spossessamento. Costituisce una nuova forma di proprietà a titolo di garanzia che non è accessoria al credito garantito.
- b. La mancanza di accessorietà determina la praticabilità di due opzioni. La mancanza di accessorietà è il fondamento dell'ammissibilità per procedere ad un' articolazione della fiducia in strumento di garanzia o di gestione, rendendo possibile l'amministrazione di una massa di beni vincolati alla garanzia di un credito²⁹²; nel caso della fiducia gestione.
- c. Nel caso di fiducia garanzia, consente al disponente di disporre di determinati beni con finalità di garanzia e senza che questo diritto si estingua automaticamente con il soddisfacimento del credito iniziale, qualora i beni garantiti abbiano un valore superiore all'obbligazione garantita.
- d. E' elemento essenziale del contratto oltre la determinazione del debito, il valore di stima del bene trasferito nel patrimonio del fiduciario, anche se Autorevole dottrina (BARRIÈRE ²⁹³) ritiene ingiustificato che questo sia un elemento a pena di nullità. La stima, invero, deve essere eseguita anche al momento della escussione del bene, da un esperto nominato dal tribunale. E' nullo ogni patto contrario.
- e. Sulla scorta di questo obbligo di stima, il fiduciario sarà obbligato a versare la differenza tra il valore di vendita del bene e il montante del debito garantito ' su riserva di pagamento anticipato dei debiti nati dal mantenimento o dalla gestione del patrimonio fiduciario' .²⁹⁴
- f. La garanzia può essere utilizzata per un credito futuro, senza ricorrere alla stipulazione di un nuovo contratto fiduciario, a condizione che l'originario accordo sia sufficientemente preciso a riguardo.

²⁹²Secondo MAIMERI, *La fiducia a scopo di garanzia* cit. p.332, con questa disciplina viene fornita, ai privati, la possibilità di disporre di una nuova forma di proprietà, a titolo di garanzia, che non risulta accessoria al credito garantito.

²⁹³ F. BARRIÈRE, *La fiducia suretè*, cit. p.10.

²⁹⁴ Secondo D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.155-6 il legislatore ha operato un raccordo con la disciplina prevista dalla l.n.650-1 C. comm e con la Direttiva Europea c.d. *Collateral*.

- g. Si prevede una *convention de recharge* che consente, nel caso in cui il bene abbia un valore superiore al credito originariamente garantito, che sia possibile effettuare direttamente la ricarica della *fiducie*, così trovando una giustificazione ad un conferimento in garanzia di valore superiore a quello del debito. In caso contrario, sarà necessario rimborsare una parte del credito iniziale.²⁹⁵
- h. Tale eventualità è oggetto di una facoltà, che deve essere espressamente prevista. Essa è assoggettata a gli stessi oneri di forma, pubblicità e registrazione. *In forza della priorità della registrazione operata ai sensi e per gli effetti dell'art. 2019 c.cfr, si stabilisce l'ordine dei diversi creditori.*
- i. *Nel caso di costituenti persone fisiche, la recharge potrà garantire un nuovo debito nei limiti del valore di stima il giorno della convenzione.* Invero la letteratura francese si posta il problema della *effettività di questa clausola limitativa*²⁹⁶, considerato che, dal punto di vista del creditore, le esigenze di protezione possono riguardare anche le persone morali, tanto è vero che anch'esse sono obbligate alla stima al momento della costituzione del contratto fiduciario.
- j. Il vantaggio fondamentale della fiducia garanzia consiste nell'esclusività della proprietà del bene in capo al fiduciario e, dal momento dell'istituzione della garanzia stessa, *l'assenza di concorso con i creditori del disponente.*
- k. Il ritrasferimento del bene si ha al momento in cui tutti i beni sono stati pagati.²⁹⁷

Secondo la dottrina francese, la *fiducie-garanzia innominata* che le banche già praticano è preferibile rispetto a quella così legislativamente stabilita. Secondo l'art. L 431-7-3 del Codice monetario e finanziario, possono essere trasferiti in piena proprietà delle banche *valori, strumenti finanziari, effetti,*

²⁹⁵ S. UGOLINI, *La fiducie francese sempre più competitiva rispetto al trust*, cit.p.829

²⁹⁶ F. BARRIERE, *La fiducie suretè*, cit. p.13.

²⁹⁷ In caso di definitivo inadempimento del debitore, il contratto deve indicare con precisione le modalità di valutazione dei beni che devono essere trasferiti al beneficiario, per limitare il rischio di abuso.

La garanzia può riferirsi anche a debiti futuri, purché siano sufficientemente determinati.

crediti, contratti o somme di denaro, a garanzia dei crediti dalle stesse vantati. Questo trasferimento di proprietà, a titolo di garanzia è una forma di fiducia non espressamente riconosciuta come tale dalla legge²⁹⁸ (quindi secondo lo schema classificatorio, che abbiamo enunciato nell'incipit della nostra indagine e che costituisce *ius receptum* della dottrina francese, altro non sarebbe che una forma di fiducia innominata).

Esigenze di coordinamento sono alla base di quanto stabilito dall'art.2018-1, secondo cui, al costituente è consentito di conservare in via contrattuale, l'uso o il godimento di un'azienda o di un immobile ad uso professionale trasferiti (a titolo di garanzia nel patrimonio fiduciario). Nel qual caso il regime dei *baux commerciaux* o della *location-gerance* non sarà applicabile. Rimane nel caso di beni mobili ossia non soggetti a pubblicità, il rischio che il bene, essendo a disposizione del costituente, possa passare di proprietà in forza della regola 'possesso vale titolo'.

13. IL PERIMETRO DELLA FIDUCIA C.D.. TECNICA.

Alla luce di quanto evidenziato nel paragrafo precedente, può essere tracciato il perimetro della c.d. fiducia tecnica, inteso quale *formante di ordine generale*²⁹⁹. Per formante generale intendiamo, per convenzione, un

²⁹⁸ F. BARRIERE, *La legge che istituisce la fiducia*, cit. p.126. in un altro scritto l'A. *La fiducia –suretè*, cit. p.19, pare smussare l'impostazione critica precedentemente elaborata, riconoscendo che nel disposto legislativo si pongono le premesse per la strutturazione di un istituto flessibile, ammettendo la possibilità che ogni tipo di bene possa essere oggetto di questa cessione fiduciaria in garanzia. Viene, altresì, riportata l'opinione dell'Association Nationale des Societes par Actions (ANSA), che "affirme que cette 'fiducie profondement renouvée [peut] augurer d'un avenir prometteur pour l'institution'. L'accueil que la pratique eèservera à cette institution confirmera ou non ce pronostic".

²⁹⁹ Solo a scopo meramente integrativo, ricordiamo che i sistemi giuridici moderni constano di più formanti (legali, giudiziari, dottorali). La comparazione non può fare a meno di analisi giuridiche che procedano distinguendo i vari formanti, procedimento che consentirà anche di misurare le distanze tra un formante e l'altro, che consentono di valutare se il sistema in esame è più compatto o più diffuso.

Un'analisi attenta obbliga a distinguere oltre a legislativo, dottrinale e giurisprudenziale. Ogni proposizione giuridica può presentarsi assistita da un'argomentazione, es. "chi detiene e intende essere usufruttuario è possessore" è preceduta da "l'usufrutto è un diritto reale",

formante il cui impiego sia finalizzato, non solo all'identificazione della radice comune di un istituto, nella comparazione giuridica tra ordinamenti eterogenei, ma, altresì, all'individuazione, all'interno di ciascun ordinamento di riferimento, dei tratti unificanti tra istituti eterogenei. Si potrebbe, cioè, attraverso questo modello esplicativo, tentare di delineare l'ambito operativo di alcuni cardini del sistema e, tra questi, rientra la nozione di fiducia tecnica (proprio per il ruolo di intersezione che interessa molteplici istituti).

Elementi costitutivi della fiducia tecnica sono:

- 1) L'idoneità a costituire un criterio informatore (inteso come modalità di costituzione e di trasmissione) di una particolare tipologia di assetto dominicale, che assume pertanto il nomen iuris di proprietà fiduciaria³⁰⁰.

che è un'argomentazione e quindi un formante. Un formante importantissimo di molti ordinamenti è la legittimazione invocata a favore delle norme appartenenti al dato sistema. I vari formanti di un ordinamento tendono a influenzarsi. Una dicotomia importante distingue le regole operazionali e le proposizioni elaborate per pensare mediante concetti. Le contraddizioni tra regole e enunciazioni si colmano ricorrendo a finzioni, a presunzioni assolute e a definizioni accomodanti. Gli enunciati, le formulazioni, i concetti appartenenti a ordinamenti molto dissimili l'uno dall'altro tendono a divaricarsi tanto più quanto sono generali. Viceversa le regole applicative e le soluzioni pratiche tendono a maggiore compatibilità.

Alcuni formanti del diritto nascono già verbalizzati ma altri non vengono espressi e vengono detti *crittotipici* o *inferenziali*. Se comparando troviamo che leggi identiche in aree diverse danno soluzioni diverse o leggi diverse in aree diverse danno soluzioni identiche, concludiamo che influisce un ulteriore criterio di decisione non verbalizzato ossia crittotipico. Le regole non verbalizzate vengono percepite e trasmesse da una generazione di giuristi alla successiva. L'insieme dei crittotipi che dominano in un dato ambiente incide in modo rilevante sulla mentalità dell'ambiente in questione. (cfr. K.ZWEIGERT-H.KOETZ, *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I, Milano, 1992, p.34-55).

³⁰⁰ Il parametro tradizionale di riferimento per la fiducia, da un punto di vista storico è rappresentato dalla tradizionale dicotomia fiducia *cum amico* e fiducia *cum creditore*. E' convinzione di parte della dottrina e anche nostra, che questa tipologia classificatoria interna al negozio fiduciario, sia stata soggetta a forzature, che ne hanno determinato una ultrattività, che da un lato ne ha svilito la portata originaria, dall'altro ne ha determinato una coloritura contenutistica eterogenea, rispetto al perimetro dell'operazione fiduciaria. Sul punto cfr. C. GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in Aa.V.V. *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, p.1-3: " La fiducia *cum amico* ,se vogliamo mantenere alle cose i loro nomi e quindi se impieghiamo la classificazione gaiana, è a esclusivo vantaggio del fiduciante che si trovi in una situazione di pericolo per i propri beni. L'uso corrente di questa locuzione ha banalizzato sia la fattispecie sia i suoi

2) *Il rapporto biunivoco tra fiducia/Fides e fiducia/riservatezza*³⁰¹, che conserva un' *alterità funzionale, rispetto alla c.d. fiducia simulatoria*.³⁰² (non è infrequente, infatti, individuare in dottrina,

presupposti sociali, come quando si è proposto fiducia cum amico, la c.d. fiducia di amministrazione”.

A nostro avviso, parte della dottrina ha considerato un concetto recessivo il profilo attuativo della fiducia. Con questa espressione intendiamo riferirci ai due elementi che trovano la loro fonte nell'accordo fiduciario: a) un *elemento mediato rappresentato dalla proprietà fiduciaria, che è l'instrumentum, attraverso cui il fiduciario porta in executivis l'intesa raggiunta con il fiduciante*; b) un elemento immediato, che è rappresentato dal programma negoziale oggetto dell'intesa fiduciaria (di regola non ostensibile ai terzi).

³⁰¹ Il *profilo della riservatezza* è, secondo la nostra ricostruzione, non un semplice requisito afferente alle modalità attuative del negozio, ma costituisce un attributo qualificante dell'intera operazione, per cui rientra, a pieno titolo, tra quei contenuti della *fiducia tecnica*, tali per cui viene integrata la fattispecie legislativamente prevista dalla fiducia. Si tratta di una *condicio sine qua non*, che non può non essere oggetto di disciplina e di valutazione specifica (si veda in questo caso la nascita del Registro Nazionale delle Fiducie di cui sopra). Tuttavia la riservatezza può essere considerata anche un veicolo di occultamento, o un vero e proprio schermo operativo, determinando una contiguità strutturale tra le fattispecie fiduciarie e quelle simulatorie, oppure nei casi di deriva patologica con quelle di frode alla legge. Cfr. il caso di fiducia in frode alla legge, D'ANGELO, *Divieti legali di alienazione, contratto fiduciario e frode alla legge*, in *Trust e att.cit.*2011, p.360ss, in relazione al commento di Cass. 1 dicembre 1002, n.12830.

Come si avrà modo di approfondire infra, anche il mandato può rientrare come uno strumento per realizzare un'operazione fiduciaria, specie se non vi sia necessità di procedere con un negozio attributivo, a monte (ovvero con un negozio traslativo della proprietà che determini il presupposto per l'*agere* del fiduciario, rientrando, in questo caso, a pieno titolo nello schema della c.d. fiducia romanistica). *Anche per il mandato si pone il problema del coefficiente di riservatezza, di cui è sintomatico l'impiego del sintagma mandato fiduciario.*

Sulla proprietà sostanziale del mandante e formale del mandatario S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro. Pad.*,1953, III, p.74; Id, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. It.sc.giur.*1948, p.182; Id, *Diritto civile. Metodo Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p.201; Id. *Il trasferimento delle posizioni soggettive*, I, Milano, 1964, p.36ss.

³⁰² Rieniamo, in questa sede, di procedere allo scrutinio di una tematica, che unisce la letteratura francese e quella italiana e che attiene al rapporto di assimilazione empirica, che può essere ravvisato tra fattispecie fiduciarie e fattispecie simulatorie. In altre parole, si propone alla luce della nozione di fiducia tecnica, l'adozione di un modello ricostruttivo dei fenomeni fiduciarie latamente intesi, che utilizzi, come referente, esplicativo il rapporto con la simulazione, scrutinati, sia sul versante della contiguità strutturale, sia della differenza di genere. L'exkursus consente di tracciare attraverso l'input fornito da A.GENTILI, *Simulazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Tomo, V, Torino, 2002. e i contributi della dottrina maggioritaria, il tracciato su cui si muove la letteratura italiana e più in generale quella continentale, sul tema negozio fiduciario e sul formante

fiducia, a prescindere dal dato di diritto positivo di recepimento. In materia di fiducia, infatti, a livello dei fondamenti del diritto europeo, possiamo evidenziare due aree di intersezione:

- a) Quella *del dato normativo* (che nell'ordinamento italiano risulta piuttosto contratta a differenza della recente legislazione francese);
- b) Quella che, con un sintagma in uso nella scienza romanistica, possiamo definire della *receptio morbus*, costituita da tutti quegli elementi individuabili nei contributi dottrinali coevi e storici, nonché in tutte le pronunce ad opera delle Corti di merito o di legittimità, che in subiecta materia non costituiscono un semplice sussidio di integrazione scientifica, ma danno corso, in misura integrale, alla disciplina dell'istituto, permettendo l'ingresso di una tipizzazione, che di solito costituisce la risultante di un disposto normativo di diritto positivo, oppure di un intervento legislativo di sistema come la Legge sulla Fiducia francese.

Secondo GENTILI, *Simulazione*. cit. passim la contrapposizione tra simulazione e fiducia si è posta storicamente quando, con il recupero della elaborazione romanistica della figura della fiducia *cum amico* o *cum creditore*, non si è più dubitato della rilevanza giuridica dell'intento fiduciario. Secondo la tesi seguita dall'A, a questa prospettazione si sono aggiunte alcune varianti incentrate su elementi referenziali del negozio, che sono stati oggetto di una ipervalutazione, nel tentativo di specificarne la *substantia rerum*. Accanto al tradizionale concetto di fiducia romanistica vengono collocati degli altri imput referenziali, con efficacia euristica (cioè al contempo esplicativa di disciplina dell'istituto), sintetizzabili in: *l'eccedenza del mezzo sullo scopo, la correzione in via obbligatoria di un effetto reale, la combinazione di negozi*. La rilevanza di questi elementi risiede nel tentativo di dare una spiegazione ad alcuni punti di torsione verificabili sul piano fattuale della fattispecie: 1-la possibilità che le parti intendano porre in essere un'operazione apparente, che si riveli essere simulata; 2-la possibilità di concepire la fiducia non solo come operazione legata ad un momento attributivo (cioè esclusivamente realizzabile per il tramite di un contratto ad effetti reali); 3-il rapporto *gerarchico* tra *pactum fiduciae* e negozio attributivo (ci si chiede, in altre parole, se la prevalenza nell'operazione sia da riservare al negozio attributivo, con cui il fiduciante trasferisce al fiduciario la proprietà, considerando il *pactum fiduciae* in una accezione limitativa, di negozio obbligatorio correttivo; oppure se il *pactum fiduciae* debba essere considerato fonte e misura, di tutta l'operazione, specie se questa, come nel caso della fiducia statica o delle c.d. intestazioni fiduciarie, viene effettuata a prescindere da un negozio attributivo).

Se l'operazione fiduciaria viene indagata esclusivamente sul versante della prassi consolidata, si può comprendere la posizione di chi (GENTILI, *Simulazione*, cit. passim) si esprima in termini di *'duplicità'*, del negozio fiduciario (anche se, a nostro avviso, in punto di indagine su un formante, sarebbe preferibile utilizzare il sintagma più generico di *fenomeno fiduciario* o alternativamente di *operazione fiduciaria*), intendendo con questa espressione, non l'ambivalenza del negozio ma la *strutturazione composita* e la *'sconnessione'* tra i due elementi: ovvero il patto obbligatorio e il negozio di trasferimento. Segnatamente: 'la forma del negozio traslativo integrato da un patto obbligatorio, che impegna l'avente causa a non usare affatto alcune delle facoltà trasmessegli e ad usarne

come si avrà modo di segnalare in seguito, le espressioni *formula fiduciaria* e *formula simulatoria*, la cui pregnanza semantica si riverbera sul portato normativo, sia del negozio fiduciario, sia del negozio simulatorio: entrambe le formule alludono ad un percorso indiretto seguito dai contrenti per predisporre un programma negoziale).

- 3) La valenza mancipatoria³⁰³ della fiducia³⁰⁴, che pertanto viene ricondotta al novero dei contratti ad effetti reali, nonché agli strumenti di ‘edificazione’ della proprietà economica³⁰⁵.

invece altre solo in modo conforme agli interessi significatigli dall’alienante’. In realtà, almeno, sul piano romanistico la situazione è un po’ più complessa. Al riguardo, possono essere recuperate più posizioni, ma si deve partire da un’ impostazione tradizionale del sistema negoziale romano, in cui il formalismo si pone, per lungo periodo, come *intrinseco ed assorbente*. Essendo caratterizzato da una *contestualità sincretica* e da un’ *attuosità immediata* (A.GUARINO, *Diritto privato romano*, 1990, passim). L’unico profilo obiettivo è rappresentato dall’alternativa validità/ nullità e efficacia\inefficacia, quindi non vi è uno spazio per la simulazione così come considerata negli ordinamenti giuridici moderni. Infatti, differente è il profilo su cui opera *actio fiduciae* e la fiducia, in cui viene in conto il riferimento esponenziale all’affidamento alle qualità personali del fiduciario (*pater familias*, con una sua posizione correttamente identificabile verso *il mancipium*, la *gens*, la *tribus* e in altre parole la *civitas*, tutti elementi che qualificano lo *status* soggettivo in rapporto ai vari ordinamenti).

Sul punto (intersezione fiducia – simulazione) F. DI MARZIO, *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 2001, II, p.433.

Sul concetto di trasferimenti finti, A. GENTILI, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE*, XIII, V, Torino, 2002, p.560ss.

³⁰³ Come già indicato supra, per fiducia mancipatoria si intende l’idoneità della fiducia a realizzare il trasferimento di un tipo di proprietà, funzionale allo scopo del programma intrapreso.

Sul concetto di *mancipatio* fiduciaria, E. GINEVRA, *La partecipazione*, cit. p. 92- 103 e in senso critico LUPOI, *il contratto di affidamento*, cit p.105-106 e 106 nt.24.

In senso critico rispetto ad un richiamo integrale alla tradizione romanistica, S.PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit. p. 182 ripreso integralmente in *Diritto civile.Metodo –Teoria e pratica*, cit. P.243.

³⁰⁴ La valenza mancipatoria della fiducia pone dei problemi metodologici che affronteremo nel corso della nostra indagine: *in primo luogo*, ci si chiede quale sia il rapporto con l’intesa simulatoria (e con la fattispecie specifica del *contratto di prestanome*), per valutare eventuali profili di contiguità sul piano empirico; *in secondo luogo* si deve tener presente che un modello fiduciario fondato su di un negozio attributivo, può incastonarsi in un contesto in cui l’operazione fiduciaria sia integrata da una sequenza o da un coordinamento di atti (per

cui parte della dottrina riconduce la fiducia alla dogmatica del negozio indiretto). Sul punto, in via preliminare: P. GRECO, *La società di comodo e il negozio indiretto*, in Riv.dir. comm.1932, I, p. 57; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi giuridici*, Milano, 1975; C.F. GIAMPAOLINO, *In tema di intestazione fittizia e fiduciaria di azioni*, in *Nuova Giur. Comm.*,1995, I, p.964 in *Nota a Cass. 28 settembre 1994, n.7899*; S. LUGONI, *Note in tema di simulazione del contratto di società di capitali*, in *Giur. It.* 1998, p.90; Cass. 29 dicembre 2011, n.30020, in *Giur. It.*, 2012, p.1591.

Sulle società nelle quali i prestanome celano l'esistenza di un unico mandante cfr R.RODORF, *Intestazione fiduciaria e simulazione nella società di capitali*, i n *Società*,1995,p.342;

Sul prestanome nel contesto societario, con particolare riferimento alla sua posizione quale socio e alla posizione dell'intestante: G.B.PORTALE e E.GINEVRA, *Intestazione a società fiduciaria di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui.*, in *Riv.soc.*,201,; *La partecipazione fiduciaria in S.P.A.*, Torino, 2012;

A.GENTILI, *Le società fiduciarie e il negozio fiduciario*, Milano, 1978, p.72; id *Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur.it.*, 1982, I, 2, p.411- nota a Trib. Roma, 18 luglio 1980.

Nel senso della riconduzione del contratto di prestanome al mandato, U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA VV, *Fiducia, trust, mandato*, cit. P.30s.

Sulla eterogeneità strutturale del prestanome rispetto al fiduciario E. RESTA, *Il rischio della fiducia*, in L.PEPPE (a cura di) *Fidel, fiducia, fidelitas*, Padova, 2008, p.208ss.

³⁰⁵ La genesi della proprietà fiduciaria e l'individuazione del negozio fiduciario (nel senso della delimitazione dell'ambito di operatività, in termini di efficacia e di liceità) costituiscono due argomenti concorrenti e, a nostro avviso, di intersezione necessaria. Come quelli del *contenuto economico o temporaneo della proprietà conformata*, che viene così a determinarsi. Si può sostenere, riservandosi di verificare nei cap.4 e 5 questa teoria, che dal formante fiducia derivino sì due istituti, il negozio fiduciario e la proprietà fiduciaria, ma il secondo presuppone il primo, quale prius logico ed ontologico.

Secondo la dottrina francese: *La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil. Saleilles considèrait ainsi qu'il fallait « recréer de toutes pièces la propriété fiduciaire dans notre droit »*(R. SALEILLES, « *De la personnalité juridique, Histoires et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques* », préf. H. CAPITANT, 2ème édition, Rousseau 1922, p. 496).

*Pour admettre l'idée même de propriété fiduciaire, il convient de repenser le concept de propriété à l'aune de ses attributs et de ses caractères . Cette qualification est critiquable, malgré nombreuses atteintes au droit de propriété existant en droit positif. Par ailleurs, le développement de la finance islamique en droit français est difficile en raison du démembrement de la propriété fiduciaire, symptomatique d'une entorse réelle au droit de propriété.La propriété est un concept omniprésent dans le Code civil, un concept intemporel de la littérature juridique. Secondo Frédéric Zenati-Castaing,(« *La propriété,**

mécanisme fondamental du droit », RTD civ 2006 p. 445.) « *la propriété, avant de traduire un pouvoir, désigne la chose, prise en elle-même et abstraction faite de tout droit* »

Ciò conferma la continuità sul piano dogmatico tra la scienza giuridica francese e quella nostrana, sulla difficoltà di delineare ipotesi di *rifrazione dell'unicità dominicale*. In altre parole, si ritrovano le medesime problematiche circa l'articolazione del patrimonio (che è anche articolazione di responsabilità) e i modi per trasmettere o costituire in capo all'avente causa un titolo così formato.

Bisogna, altresì, chiedersi se, una volta posto in essere un negozio fiduciario, questo su di un profilo attuativo-strumentale implichi la creazione di una proprietà fiduciaria, intesa non come risultato finalistico (cioè come scopo ex se dell'operazione) bensì *cosa instrumentum per la realizzazione e l'adempimento degli obblighi del fiduciario, derivando da tale carattere l'intrinseca temporaneità (che diviene un sintomo della strumentalità)*.

L'atipicità di questa forma di proprietà si riflette sul modo di costituzione, che da parte della dottrina viene considerato atipico. La considerazione di una fonte atipica di costituzione di un diritto altrettanto atipico pone una *questione dogmatica* rispetto ad un concetto di fiducia tecnica. Riservandoci di verificare l'ipotesi al termine del lavoro, la nozione di fiducia tecnica non ci pare possa collimare con l'idea che la proprietà fiduciaria abbia un modo di costituzione atipico. La legislazione francese, con la Legge delle fiducie ha fornito una risposta tipizzante: la fiducia è tipo ed è nominata, ovvero ha un nomen iuris, che determina una riconducibilità giuridica all'interno dell'ordinamento privatistico. E' anzi dotata di una ultrattività, tale da fornire indirettamente una norma di disciplina per le altre forme fiduciarie (c.d. innominate) presenti nell'ordinamento, sia in ambito mancipatorio, che in ambito liberale. Per il diritto nostrano, la situazione è un po' più complessa, ma non difforme: non vi è una positivizzazione generalizzata della fiducia, ma normative come quella della intestazione dei titoli alle società fiduciarie (tralasciando le ipotesi codicistiche su cui non vi è uniformità in dottrina) hanno proiettato una tipizzazione della fiducia (o di alcune sue forme) nell'ordinamento.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può esaminare la tesi che vede in un negozio astratto, riconducibile al modello di negozio fiduciario atipico, la fonte della proprietà fiduciaria, secondo quello che GENTILI, cit. p.560 definisce una *variante costruttiva*, nell'ambito delle teorie relative al negozio fiduciario. La variante costruttiva si originerebbe dalla necessità di attuare, diremmo noi, una *rezezione moribus* di una forma di proprietà, quella fiduciaria, che rinviene come attributi qualificanti l'utilità economica e la temporaneità, senza evertere il principio del c.d. numerus clausus dei diritti reali.

Se il novero delle cause idonee al trasferimento della proprietà non è *numerus clausus*, lo è quello dei diritti reali. Il che si tradurrebbe, secondo la costruzione in commento, come

divieto di costituzione di nuove forme di proprietà, sub specie di proprietà temporanea e funzionale, se non per espressa previsione di legge. In questo passaggio, viene pertanto ad inserirsi il ruolo evolutivo svolto dalla simulazione e dalla concorrente creazione di una proprietà simulata. *La proprietà simulata si attergerebbe a figura intermedia tra simulazione e proprietà fiduciaria, appellandosi alla funzione disarticolante, propria dell'istituto* (della simulazione in ordine ai rapporti dominicali), “ovvero alla sua idoneità a creare una tipologia inedita di proprietà poi sussumibile nella categoria della proprietà fiduciaria. Si può parlare di una proprietà simulata come situazione in cui taluno viene fornito di un titolo capace di fondare la sua titolarità, accompagnandolo con un patto che disgrega o corregge quel titolo”. (così testualmente GENTILI). *Il patto che corregge o disgrega il titolo è il patto correttivo sub specie di pactum fiduciae.*

Questa dottrina ravviserebbe nel negozio fiduciario un contratto atipico *fiduciae causa*. La funzione disarticolante viene ravvisata nella scissione delle prerogative, che costituiscono il contenuto del diritto dominicale, la cui distribuzione tra fiduciario e fiduciante avviene, in modo da garantire l'attuazione del programma e, al tempo stesso, precostituire la restituzione del bene, attraverso la statuizione dell'obbligo di restituzione. Viene, pertanto, invocato il concetto di *investitura reale limitata*, per giustificare la compressione del diritto, sia da un punto di vista qualitativo, che quantitativo (testualmente “... anche qui si disarticola il dominio «formale» dal «sostanziale»: la proprietà «passa» quel tanto che consente le attività fiduciarie, ma resta quel tanto che garantisce il conseguimento finale dello scopo e il recupero del diritto (o la sua devoluzione al terzo beneficiario prescelto dal fiduciante). La proprietà fiduciaria è allora solo un'apparenza di proprietà piena, cui fa riscontro nella realtà un'investitura limitata alla misura sufficiente a soddisfare il dominus.”). Questa ricostruzione presta il fianco ad un'obiezione ricavabile dalle fiducie c.d. positivizzate, come quelle evincibili dalla materia delle società fiduciarie. *La proprietà trasferita causa fiduciae non sarebbe finta, ma vera e piena, anche se temporanea e finalizzata all'attività fiduciaria e poi al ritrasferimento, al fiduciante o al beneficiario che questi indicato.* Anche se la scissione delle prerogative dominicali viene ricondotta alla c.d. *fiducia germanistica*, si pone il medesimo problema che abbiamo visto cospiccare, per la fiducia basata sul modello attributivo. Non sono escluse cioè intersezioni con i fenomeni simulatori (rectius le fattispecie simulatorie).

Nello specifico: l'intestazione fiduciaria germanistica di azioni, come fenomeno di interposizione reale, presenta profili di similitudine strutturale con il fenomeno dell'interposizione fittizia (ovvero della simulazione assoluta). Sulla base di un accordo simulatorio, che costituisce il precepto della relazione negoziale, l'interponente e l'interposto simulano un trasferimento di un diritto, che in realtà non vogliono. Nel caso di trasferimenti azionari, l'incorporazione del diritto nel titolo e le leggi sulla circolazione dei titoli facilitano la scissione tra titolarità e legittimazione azionaria, determinando “la creazione fittizia di un indicatore di legittimazione in capo all'interposto fittizio (titolare apparente; nell'accordo simulatorio le parti si daranno reciprocamente atto di non voler

alcun trasferimento di titolarità nè di legittimazione, disciplinandosi in tal modo le modalità con cui l'interposto fittizio dovrà esercitare i diritti, che gli spettano in base agli indici di legittimazione fittiziamente costituiti in capo a lui", Così P. CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.146 nt. 147, che giustamente segnala che tale situazione può presentare un profilo di confusività con quella in cui le parti vogliono procedere ad una reale intestazione fiduciaria germanistica delle azioni, trasferendo in capo all'interposto reale la sola legittimazione, rimanendo la titolarità in capo all'interponente. In questo caso dunque, non si ha un trasferimento simulato, finalizzato a creare indici esterni di una titolarità apparente, ma un trasferimento voluto della sola legittimazione, disciplinandosi, poi nel *pactum fiduciae*, le modalità di utilizzo dei diritti sociali connessi alla legittimazione, da parte del fiduciario nell'interesse del fiduciante e il ritrasferimento di quella; così A. GAMBARO, nt.38, p.249. La creazione fittizia di indici esterni e il trasferimento della legittimazione sono pertanto fattispecie concorrenti, la cui ermeneusi, talvolta, può essere chiarita solo al termine del programma intrapreso dalle parti. In altre parole, non è possibile ab extra avere chiaro se l'operazione posta in essere sia di tipo fiduciario o simulatorio. Si pone allora il problema di definire quale sia il rapporto tra la proprietà simulata e la proprietà fiduciaria. Un'assimilazione delle due forme proprietarie condurrebbe, infatti, ad una proiezione concettuale non corrispondente a quanto ci è consegnato dalla prassi, prima ancora che dallo scrutinio degli istituti di riferimento. Vi è una ipervalutazione di uno dei coefficienti, riservatezza/occultamento, che farebbero allora propendere per una configurazione ancipite dell'istituto. Si avrebbe, pertanto, una visione non corrispondente alla realtà dei fatti, se si insistesse oltremodo nel verificare i punti di intersezione tra fiducia e simulazione

In realtà, si deve, a nostro avviso, rivalutare l'articolazione patrimoniale come referente di un tipo di proprietà conformata, quale è quella fiduciaria, non risolvibile sic et simpliciter in piena o semipiena, vera o finta. I requisiti così indicati non inficiano il carattere proprietario, ma escono dai canoni dominicali classici. Proprio per questa ragione, si concorda, altresì, con chi sostiene (GENTILI, cit.p.560ss) che non sia accoglibile una ricostruzione della proprietà fiduciaria in termini di *proprietà altruista o monca*. Chi sostiene questa tesi, nel valorizzare il dato conformativo della proprietà fiduciaria, che esce dagli schemi classici dominicali, tratteggia una fisionomia dell'istituto caratterizzata da un minus, sia quantitativo che qualitativo, rispetto ai canoni di proprietà assoluta, di derivazione romanistica e ottocentesca (che in particolare sono accolti dalle codificazioni moderne e in primis da quella napoleonica). Si tratterebbe di una proprietà ridotta, in quanto è esclusivamente conformata all'utilizzo ad tempus del fiduciario. E segnatamente: Tutto ciò però è ben lungi da una titolarità «vera» e «piena». Non vera, perché il diritto soggettivo che il fiduciario acquista *fiduciae causa* non è un potere nell'interesse proprio, ma un potere nell'interesse altrui. «Soprattutto se intrinseco alla causa dell'attribuzione patrimoniale, la *causa fiduciae*, il vincolo fiduciario, che nella costruzione dualista è una correzione obbligatoria della titolarità, un vincolo ad essa esterno, diviene un vincolo interno, che la permea trasformando il potere in un ufficio. E questo vale per qualsiasi «diritto» fiduciariamente trasmesso, e non solo per la proprietà. Diritto falso, dunque,

perché intimamente incoerente e, come tale, solo apparente. Non piena, perché quand'anche il fiduciario riceva nel l'interesse del fiduciante un intero potere di disposizione, non acquisisce comunque mai – secondo gli intenti – anche il potere di godimento. Non soltanto, dunque, il trasferimento *fiduciae causa* attribuisce una proprietà atipica. Esso attribuisce anche una proprietà disarticolata, monca, altruista. Insomma finta.” (così ancora GENTILI, *Simulazione, ibidem*). In realtà, a noi pare, che da questa ricostruzione può essere tratto un rilievo non di poco momento, consistente nell'idoneità della causa *fiduciae* a plasmare il vincolo obbligatorio. Riservandoci di analizzare ex professo, in altro luogo, questo passaggio, non si può sottacere che appare riduzionistico considerare il vincolo obbligatorio, alla stregua di correttivo del negozio attributivo (secondo la considerata tesi dualistica). Quindi, se ne può desumere una preminenza del *pactum fiduciae* rispetto al c.d. momento attributivo. Se il vincolo fiduciario è permeato dal *pactum*, allora non si comprende come la disarticolazione delle facoltà del diritto dominicale debbano necessariamente tradursi in una proprietà monca. E' chiaro che, in questo caso, nel voler attribuire un contenuto altruistico, si finisce per svilire l'autonomia funzionale del fiduciario, sia qualora rivesta la qualità di attributario di un bene del fiduciante, sia qualora rivesta il ruolo di gestore, nell'ambito dei modelli di intermediazione finanziaria, vantando una legittimazione sulla base dell'intestazione azionaria.

Non maggiori indicazioni, a nostro avviso, possono essere tratti dall'analisi della pretesa scissione tra effetto reale e tutela reale. Sebbene sia condivisibile la posizione di chi (GENTILI, cit p.560ss.) sostenga che “l'evoluzione del sistema ha da tempo scisso efficacia reale, cioè traslativa, e tutela reale, cioè recuperatoria. È sul loro reciproco neutralizzarsi che le parti – e oggi in certi casi anche la legge – costruiscono la «proprietà fiduciaria». Anche qui, dunque, se ci si ferma alla considerazione di un negozio traslativo atipico attributivo di «proprietà» fiduciaria, si constata solo l'attribuzione dell'apparenza di una vera proprietà per costruire in qualche modo una mera legittimazione a disporre.” *Non si può a nostro avviso parlare di semplice apparenza di una vera proprietà che precostituisca le condizioni (il titolo?) di una mera legittimazione a disporre.* Si tratterebbe solo di una considerazione descrittiva, senza possibilità di procedere ad alcun tipo di inferenza epistemologica. Infatti, nel nostro sistema, non può essere effettuato un trasferimento di proprietà, se non per il tramite di negozi, che permettano il trasferimento di beni e diritti e attraverso un consenso legittimamente manifestato (come nel caso dell'ordinamento italiano ex art. 1376 c.c.). Il trasferimento di beni e diritti pone, in capo all'avente causa, due problemi: a) *la legittimità del titolo di acquisto*; b) *la possibilità di conservarlo facendolo valere.* Su un piano meramente effettuale, è la tutela reale che conferma illice et immediate la validità del titolo. Nel momento in cui il fiduciario può attivare la tutela reale, ne deriva una conferma circa la validità del titolo.

Del resto non è altresì condivisibile che la fiducia romanistica schiuda l'orizzonte delle fattispecie simulatorie, comportando quell'assimilazione empirica, che qui si è criticata tra fattispecie fiduciarie e fattispecie simulatorie, secondo quanto sostiene la dottrina in

commento (GENTILI, *Simulazione*, ibidem. segnatamente: “Si può dunque dire che finché si resta nell’orbita della fiducia romanistica non ci si allontana realmente dalle fattispecie simulatorie. Nello specifico, nella simulazione si sottolinea la inconsistenza sostanziale dell’attribuzione patrimoniale, perché di solito la funzione dell’attributario è di puro schermo; nella fiducia invece la sua consistenza strumentale, perché di solito la funzione dell’attributario è attiva. e diverso modello di fiducia; cui la tradizione riserba il nome di germanistica”).

Considerare il momento attributivo della fiducia romanistica uno strumento per creare uno schermo simulatorio, non tiene conto del fatto che, come visto, un analogo problema può presentarsi anche nel contesto della c.d. *fiducia germanistica*. La genesi di questo tipo di fiducia è rinvenibile nella valorizzazione del *ruolo attivo dell’attributario*. Il fondamento normativo sarebbe rappresentato nel § 185 del BGB. Si è ritenuto che siano sussistenti una serie di fattispecie in cui sia legislativamente ammessa la piena scissione tra la titolarità e l’esercizio del diritto. Ad opera della dottrina nostrana, questa scissione tra titolarità e legittimazione viene ricondotta ad un differente modello di operazione fiduciaria, antagonista a quello romanistico. In realtà come nota la dottrina citata (GENTILI) “non è questa la costruzione cui esclusivamente approda la dottrina tedesca allorché si sforza di riportare chiarezza concettuale nel rapporto fra il titolare e colui che è autorizzato a disporre”. Infatti nel tentativo di descrivere, prima ancora che spiegare, il rapporto tra fiduciante e fiduciario vengono proposte delle opzioni alternative nei termini *di un normale trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, condizionato però risolutivamente, attraverso l’inserzione nel negozio traslativo di una apposita clausola, ad eventi quali l’abuso del fiduciario, o la sua morte, o il raggiungimento o anche il venir meno dello scopo, e simili*.

Del resto lo stesso apparato normativo del BGB a tutela della proprietà, finisce per rendere il modello di scissione tra titolarità e legittimazione come recessivo rispetto al negozio fiduciario traslativo. Infatti, il § 137 BGB, corrispondente sostanzialmente al nostro art. 1379 c.c., (a difesa della libera disponibilità delle proprie sostanze, ma anche del *numerus clausus* dei diritti reali), inibisce una limitazione con effetto reale del potere di disposizione su un diritto alienabile (per cui secondo GENTILI, *op.cit. ibidem* “ nella fiducia romanistica, come la si pratica e la si ricostruisce in Germania, il diritto del *Treuhänder* è necessariamente un diritto pieno. A questa conseguenza si può però sfuggire, ma appunto in via di eccezione, in applicazione della regola contenuta nel § 185 BGB; grazie alla quale anche il non titolare (*Nichtberechtigter*) può compiere validamente atti di disposizione sul bene se ottenga l’autorizzazione (*Ermächtigung*) o il consenso (*Einwilligung*) del titolare.”

Nel momento in cui il rapporto viene ricondotto allo *iussum del titolare del diritto reale*, che facoltizza gli atti disposizione del bene, si esce dalla dinamica del negozio fiduciario, sia per difetto del coefficiente psicologico (fiduciario) di riferimento (e cioè viene meno la circostanza dirimente secondo cui il fiduciante si affida-secondo alcuni invocando canoni

metagiuridici-alla considerazione di particolari qualità subietive di un soggetto, detto fiduciario, per l'attuazione del programma), sia perché il fiduciante governa l'attuazione dell'operazione, apertamente senza ricorrere allo schermo della riservatezza o alla predisposizione di un congegno (negozio) indiretto. Quindi, non campeggia già più il negozio fiduciario.

Invero anche scrutinando il perimetro applicativo della *clausola risolutiva*, quale variante dell'ordinamento tedesco, alla scissione titolarità /legittimazione, ci si pone a nostro avviso in una dimensione a latere, rispetto al negozio fiduciario. La clausola risolutiva determinando una proprietà risolubile dovrebbe predisporre un meccanismo di difesa del fiduciante anticipatamente azionato. Si esorbita però dalla tematica dei diritti reali. Segnatamente GENTILI, *Simulazione* ibidem “ Sarebbe però inesatto ravvisarvi una soluzione tutta interna al profilo reale. Infatti, anche qui il raggiungimento dello scopo è comunque subordinato ad un'attività cui l'attributario si obbliga, ed in vista della quale eserciterà (correttamente, e allora senza dar adito all'operare della condizione) il proprio potere di disposizione.”

Questa costruzione pertanto non fornirebbe un profilo additivo, rispetto all'ermenusi della scissione titolarità/legittimazione. Nel momento in cui l'A. dice che questa opzione non si staglia all'interno del profilo reale, evidenzia tre punti di torsione:

- a) *L'attributario (ovvero il fiduciario o presunto tale) disponendo di un diritto risolutivamente condizionato si è obbligato all'esercizio di quel diritto medesimo, attraverso un patto il cui mancato avveramento (ovvero il cui mancato riscontro o la palese violazione) importa l'avveramento della condizione. Quindi in questo senso si è sempre in costanza di atto traslativo reale e patto correttivo (o determinativo, a seconda di come venga inteso il coefficiente fiduciario insito nel patto medesimo)*
- b) *La proprietà risolubile ripropone, anche se attraverso la prospettiva della proprietà funzionalizzata (id est proprietà del fiduciario funzionalizzata all'interesse del fiduciante) il problema delle forme di proprietà alternative a quella assoluta prevista dal sistema (questione che si ripropone in tutto il diritto continentale a cominciare da quello tedesco, ma che riguarda anche quello francese e italiano).*
- c) *Se si effettua una controprova, con il sistema delle fattispecie simulatorie si possono verificare le seguenti situazioni: 1- un' assimilazione del meccanismo di proprietà risolutivamente condizionata ai c.d. fenomeni mandatori, che escludono ex se qualsivoglia presenza di una cifra fiduciaria, nell'articolazione (esecuzione) del rapporto. E in particolare: “Se effettivamente si ammette (quantomeno per ipotesi) un trasferimento risolutivamente condizionato della proprietà per scopi, che a questo punto appaiono più mandatori che fiduciari, il confronto con la simulazione, piuttosto che risolversi in termini di differenza, si risolve in termini di impossibilità di comparazione: L'alterità è insomma così radicale da escludere qualsiasi confronto”. 2- se invece l'assimilazione viene spostata su di un'altra*

angolatura prospettica, richiamando il concetto di *doppia proprietà* “una delle quali sostanziale (o appartenenza economica), e l'altra formale, o simili, si ricade in quella stessa struttura binaria un elemento della quale nega o quanto meno corregge l'altro, che abbiamo visto propria della simulazione.” *In altre parole si rientra nella concezione di un rapporto fiduciario, che rinviene nella dialettica tra apparenza/realtà, la propria forma a priori, condividendo quindi quello che è il tracciato tradizionale dei fenomeni simulatori.*

La citata dottrina (GENTILI) segnala l'esistenza però un'ulteriore alternativa, fondata su una ricostruzione processualistica della dinamica del rapporto antagonista tra fiduciante e fiduciario. Parliamo di rapporto antagonista, nel momento in cui, attesa la rilevanza meramente interna del pactum, ci si trovi in una situazione patologica, secondo cui si verte in uno stato di dubbio, circa l'effettivo rispetto del programma da parte del fiduciario; “Tenendo fermo infatti il pieno trasferimento del bene al fiduciario e il carattere meramente personale della sua obbligazione, si è cercato di rinforzare la tutela del fiduciante attribuendogli un'azione più che personale, prendendo esempio dalla disciplina della cosiddetta *reivindicatio utilis*. L'idea, nata altrove, di un'azione personale simile alla *reivindicatio*, concessa al non proprietario come residuo o sopravvivenza della sua perduta proprietà, anche storicamente ha incontrato i problemi della doppia proprietà (o, che sostanzialmente è lo stesso, del rapporto fra proprietà e legittimazione) giustificando l'idea che la tradizione consenta in questi casi al creditore della restituzione un *ius ad rem*.” Difatto questa sarebbe una costruzione, per certi aspetti, eversiva, dal momento che si cercherebbe di *surrogare la tutela reale con una tutela quasi reale*, che però, in realtà, altro non è che la riproposizione di una tutela obbligatoria, sotto mentite spoglie, della posizione del fiduciante. I sistemi codicistici moderni non sono inclini ad asseverare una soluzione di tal guisa, che affonderebbe invece le radici in un sistema, caratterizzato dalla presenza (esclusiva) di negozi formali, quale quello del diritto romano, al tempo delle *legis actiones*, tale da consentire gli effetti di una tutela reale del proprietario, attraverso uno strumento ‘contrattuale’ formale, quale l'*agere in rem per sponsionem*.

Nel nostro ordinamento Lo sdoppiamento fra titolarità e legittimazione, giustifica usualmente la circolazione dei titoli di credito e una serie di operazioni *lato sensu* fiduciarie, regolate da leggi speciali. Se nella pratica fenomeni di trasferimento fiduciario si realizzano è perché le relative operazioni non concernono per lo più beni immobili o mobili registrati, bensì quella particolare categoria di beni mobili che sono i titoli di credito. Non si ravvisano infatti le situazioni ostative tipiche del negozio fiduciario rappresentate dal modo di trasferimento astratto della proprietà di un bene al fiduciario o della apparenza del negozio attributivo, con possibili intersezioni con la simulazione. In questo caso l'astrattezza della circolazione costituisce la *regula iuris*: Così “chi trasferisca ad un fiduciario un titolo di credito mediante girata o mediante *transfert* lo investe agli occhi dei terzi della piena titolarità, e lo investe validamente; ma l'interno rapporto può vincolare l'attributario ad un esercizio limitato e finalizzato all'interesse del fiduciante dei diritti incorporati nel titolo, come avviene nella girata piena destinata al mero incasso, nell'attribuzione della

4) L'assenza di profili di liberalità nell'operazione fiduciaria.

I fattori così evidenziati si pongono in una sfera di interazione antagonista. Da un lato, essi costituiscono un precetto nello svolgimento della relazione tra fiduciante e fiduciario, che dà origine alla predisposizione del contratto di *fiducie*; dall'altro costituiscono anche il presupposto per l'applicazione della sanzione, in caso di inadempiamento di una delle parti e segnatamente del fiduciario.

Sotto questa angolatura, si deve segnalare che la sanzione opera su due piani concorrenti:

Sanzione per l'inadempiamento o sanzione in senso tecnico.

Sanzione per violazione dell'obbligo di protezione³⁰⁶ e, in questo caso, si deve fare appello a una nozione estensiva di obligation de sécurité, così come intesa dalla giurisprudenza più recente, soprattutto di derivazione comunitaria.

In alte parole, il contratto di *fiducie* risulta informato ad un concetto di fiducia tecnica, nel senso che, una volta integrata la fattispecie prevista dal legislatore, automaticamente sono ricondotti in capo alle parti gli effetti del negozio, che completano la disciplina, a livello di contenuto³⁰⁷, integrando la volontà delle parti stesse e, a livello di sanzione, individuando un criterio di imputazione della responsabilità.

partecipazione sociale al fine del mero esercizio di alcune prerogative del socio, e via dicendo” così testualmente GENTILI, *Simulazione*, cit.p.560ss.. In questo caso infatti non si può rinvenire nella legittimazione una forma di investitura limitata. In realtà avevamo già, a suo tempo, chiarito che lo stesso sintagma, investitura reale, concorre a connorare in senso riduttivo la legittimazione reale in capo al soggetto legittimato, aprendo la strada a quella *scissione tra proprietà formale e proprietà economica*, che a nostro avviso si pone quale antecedente logico della proprietà temporanea.

³⁰⁶ F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv.dir.civ.*2011, I, p.839-859.

³⁰⁷ Resta, beninteso, la possibilità di applicare le norme suppletive, in assenza di determinazione delle parti. Se però si richiama quanto sopra sommariamente descritto, in merito alla *convention de portage*, non si può sottacere che l'acribia della regolamentazione pattizia, non costituisce semplicemente il contenuto del *pactum fiduciae*, bensì è un vero e proprio onere a carico delle parti.

Solo per non incorrere in equivoci, si segnala che il termine sanzione assume una valenza ricomprensiva, esclusivamente, di conseguenze sul piano civilistico, attivando criteri di imputazione della responsabilità contrattuale ed eventualmente precontrattuale in capo al fiduciante e al fiduciario.

Tuttavia, evocando, in un contesto civilistico, il concetto della sanzione così come predisposta dall'ordinamento penale, si intende contribuire alla reviviscenza di quei fattori motivazionali e psicologici, che attingono ad una fase pregiuridica del rapporto (alcuni direbbero metagiuridica), in cui la riservatezza è una componente della fiducia e dell'affidamento reciproco dei contraenti. In virtù delle loro qualità affidanti, i contraenti pongono in essere questo tipo di operazione per regolare i loro rapporti³⁰⁸. Tali coefficienti assumono una rilevanza

E' ben vero che il *pactum fiduciae*, che si materializza all'interno del contratto di *fiducie* costituisce il contenuto necessario del programma negoziale, nel quadro degli schemi normativi previsti dal legislatore. Qualora la specificità, della regolamentazione, investa ogni aspetto del rapporto, questa non costituisce, quindi, solo il programma, ma al tempo stesso è il presupposto (potremmo dire è essa stesso *criterio*) per l'imputazione della responsabilità, sia del fiduciante, che del fiduciario, individuando, nelle pieghe degli obblighi convenzionalmente previsti, gli indici referenziali della responsabilità medesima.

³⁰⁸ La riservatezza infatti non accede a nostro avviso ad un negozio simulato, ma informa l'investitura reale rendendola di tipo fiduciario e emritevole di sanzione in caso di inadempimento. Come si avrà modo di sottolineare, nella nota, successiva parte della dottrina ravvisa nel rapporto tra negozio simulato e negozio fiduciario uno strumento che consenta di scrutinare dati connotativi comuni tra i due istituti. G. TAMBURRINO, *Appunti sulla natura giuridica di negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. Comp. Cass.civ.*, 1946, I, p.185; G. GIACOBBE, *Rapporti tra simulazione e negozio fiduciario*, in *Giust. Civ.* 1959, I, 2039. In particolare, i catalizzatori del raffronto sono rappresentati dal concetto di investitura reale e dal patto correttivo. Secondo l'A. (GENTILI, cit) sia i simulanti che i fiduciari si servono di una duplicità di posizioni, per l'attuazione degli scopi previsti. E segnatamente: " Gli uni e gli altri predispongono un'interferenza tra il negozio che formalmente stipulano e un patto correttivo. Quando l'uno attribuisce all'altro un diritto, del quale il primo in forza di un patto (simulatorio? fiduciario?) è rivestito, secondo l'intenzione, formalmente ma non sostanzialmente, gli elementi comuni, checché ne sia di quelli discretivi, confermano l'identità di genere". Secondo questa ricostruzione una prova del rapporto intercorrente tra i due istituti è rappresentato dalla considerazione che il terzo ha, *ratione subiecti* dei rapporti intercorrenti tra la parti. Questi intende ricondurre il rapporto che d'innanzi a lui si dispiega in termini di interposizione reale o fittizia che sia. Per questa ragione, l'A in commento

giunge a sostenere che, in questo caso, ricorra una sovrapposizione strutturale. Dovrebbe pertanto essere rigettato un approccio della dottrina che riconduca il fenomeno alle matrici tradizionali e in particolare alla c.d. fiducia romanistica.

Sebbene l'approccio dell'A. abbia delle argomentazioni convincenti, *non si può, a nostro avviso, considerare la fiducia scissa in modelli antagonisti tra modello attributivo e legittimazione*, sulla base dell'interferenza di questi con i modelli simulatori. Come avremo modo di dimostrare, nel diritto continentale vi è sostanzialmente una tendenza a considerare unitariamente il fenomeno fiduciario. L'unica controtendenza parrebbe rappresentata *dalla Francia, in cui la legge sulla Fiducie ha regolamentato, espressamente, soltanto la fiducia mancipatoria, sub specie di fiducia nominata.*

Tuttavia, come si vedrà, l'approccio unitario anche in Francia non viene del tutto deposto, dal momento che la Fiducie, istituzionalizzata, non riveste un contenuto limitativo. In altre parole, la fiducie non squalifica le altre ipotesi di negozio fiduciario globalmente intese (mancipatorie, mortis causa, nominate, innominate), ma determina una legittimazione indiretta delle ipotesi non incluse in quella contrattuale, quali forme residuali. In questo, si compendia il contenuto positivo della Legislazione sulla Fiducie, in quanto norma di disciplina dell'intero fenomeno fiduciario, nell'ordinamento francese.

L'unico effetto limitativo (nel senso di idoneo a determinare un'esclusione) è forse verso le c.d. forme di fiducia statica.

Si veda in proposito A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, P.311-323 secondo l'A. 'la causa fiduciae è la funzione di utilizzazione di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe'.

La *causa fiduciae* comporterebbe un necessario agire in nome proprio per conto altrui: M GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, In *Quadrimestre*, 1990, p.1-5; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo continuato da Luigi Mengoni*, 1995, pp617-622.

La dottrina ritiene dunque che l'astrattezza del negozio traslativo e l'intenzionalità dell'interferenza tra effetto reale e obbligatorio non sarebbero tratti distintivi del negozio fiduciario in quanto ciò sarebbe ravvisabile anche nella predisposizione di congegni simulatori (cfr. GENTILI, *Simulazione*, cit:p.560ss "Chi attribuisca ad altri la titolarità del suo patrimonio per sottrarlo ad una persecuzione politica, chi ne confidi all'amico l'amministrazione diffidando della propria inesperienza, chi incarichi il dipendente di incassare per lui l'assegno che gli gira, chi interponga l'esperto avvocato perché dia in suo luogo il voto di sfiducia agli amministratori di una società, vuole sempre, inevitabilmente,

certi effetti del negozio compiuto, e sempre ne disvuole altri. Vuole gli effetti esterni, ma si guarda bene dal volere gli interni”). In altre parole, vuole che l’attribuzione di quel diritto sia funzionalizzata esclusivamente nei confronti di terzi e non vuole che possa essere attivata contro di lui o in un conflitto contro di lui.

L’A (GENTILI) ritiene che la fiducia e la simulazione rivestano un’efficacia disarticolante in ordine alle situazioni soggettive, su cui incidono:

a) Di conseguenza entrambe darebbero origine ad una duplicità di situazioni alla stregua di contratto simulato/accordo simulatorio e negozio attributivo/negozio correttivo. Tali coefficienti svolgono funzioni concorrenti e antagoniste, in quanto l’accordo simulatorio fornisce la direzione negoziale del contratto simulato e il negozio correttivo ‘annulla’ gli effetti del negozio attributivo.“

b) La fiducia sarebbe il frutto di un’ intersezione tra la causa atipica e il mezzo tipico con cui viene realizzata. Questo mezzo tipico presenta una variante, data dal contrasto tra negozio attributivo e patto fiduciario, che opererebbe alla stregua dell’antagonismo tra negozio simulato e patto simulatorio, nella simulazione .

Un criterio risolutivo per separare le fattispecie simulatorie da quelle fiduciarie potrebbe essere ravvisato nel profilo volontaristico. Si intende con questa espressione l’indagine relativa al coefficiente psicologico dei contraenti, condotta per verificare quale sia il contenuto effettivo del pactum accessivo tanto al negozio simulato (c.d. intesa simulatoria) sia al negozio fiduciario (c.d. pactum fiduciae).

Tuttavia vi è chi (GENTILI, *Simulazione* cit.) rileva che questo criterio non sia destinato a chiarire definitivamente il rapporto tra negozio fiduciario e simulazione.

Bisognerebbe pertanto verificare quali siano le conseguenze in caso di patologia del negozio: si parla di inefficacia del contratto simulato, sub specie di nullità. Analoga sanzione è prevista per il negozio attributivo fiduciario. Secondo questa ricostruzione “l’apparenza del negozio simulato si rispecchia, infatti, nell’astrattezza causale del fiduciario, con l’identica conseguenza della radicale sterilità di effetti; i 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 dell’accordo simulatorio, incapace di impedire l’abuso.” Viene quindi appaiata l’apparenza del negozio simulato e l’astrattezza del negozio fiduciario. In verità, a nostro avviso, l’astrattezza del negozio fiduciario e l’apparenza del negozio simulato possono rivestire un profilo di contiguità solo da un punto di vista prasseologico.

La distinzione in termini volontaristici tra negozio simulato e negozio fiduciario non consegue gli effetti risolutivi, sperati per ottenere una qualificazione delle fattispecie che sia dirimente. Devono allora essere valutati altri indici referenziali:

a) la considerazione degli effetti del contratto

La “ «compravendita», o la «donazione», che il fiduciante contrae con il fiduciario per fornirgli del diritto di cui poi, nei limiti del patto fiduciario, dovrà disporre in fiducia, non è astratta ma propriamente simulata” dal momento che non viene integrata una finalità di scambio, in quanto si tratta di operazione prodromica alla realizzazione del programma fiduciario complessivo (in questo senso, secondo GENTILI, *Simulazione*, ibidem il corrispettivo non è solo inattuato ma è a ben vedere estraneo nel concreto alla astratta prospettazione rilevabile dalla dichiarazione formale; ed è assurdo sostenere un intento liberale, quando esso è piuttosto egoistico nella *fiducia cum amico* e solutorio in quella *cum creditore*). L’a. considera poi il profilo dell’astrattezza, nel senso che “astrattezza significa che la causa, reale, è stralciata. Ma se così è, la condizione del negozio traslativo di un rapporto fiduciario non è solo equivalente ma è addirittura identica a quella del negozio simulato: la causa non è neppure (solo) astratta: è finta. Nelle ipotesi dunque (che non sono però tutte le ipotesi, ma di ciò oltre) in cui un negozio «astratto» (in realtà «finto», in quanto stipulato per definire un contenuto meramente apparente, perché l’effetto traslativo strumentalmente perseguito anche qui come nella simulazione in parte è voluto, ma in parte non è realmente voluto) si combina con un patto obbligatorio correttivo, la fiducia è simulazione”. Secondo questa ricostruzione, il profilo simulatorio nel contratto fiduciario si compendia in questo: il fiduciario, per mezzo del negozio attributivo astratto, agisce come se fosse “rivestito del diritto trasmessogli”, dal momento che la sua posizione dominicale non è, per effetto del patto correttivo (obbligatorio) coincidente con quella del fiduciante dante causa. In realtà, però concentrandosi solo sul momento attributivo, al netto della valutazione che la *fiducia* ex se non è esclusivamente risolvibile con questo modello (si veda le ipotesi di fiducia germanistica con scissione legittimazione e titolarità, nonché i casi di c.d. fiducia statica, con dichiarazione di fiducia), si finisce per attuare una sovrapposizione confusiva di due piani. Infatti una volta ammessa la struttura binaria del negozio fiduciario attributivo (atto traslativo di dotazione + patto fiduciario correttivo) sono possibili solo due esiti:

- 1) *Il patto correttivo annulla il negozio traslativo ex post*, determinando una situazione di apparenza nei confronti dei terzi; in questo modo il negozio fiduciario si cela dietro un negozio attributivo apparente. In questo caso però è ancora il profilo dell’apparenza che assume un asignificato semantico pregnante in ordine alle fattispecie considerate.
- 2) *Il patto correttivo informa il negozio traslativo e ne determina la portata*; il profilo dell’apparenza rivestita verso i terzi è solo una *situazione transitoria e marginale* rispetto all’evolversi della situazione fiduciaria complessiva. Secondo questa

obiettiva, nel momento in cui risultano essere rivelatori di un contegno

prospettiva, il *coefficiente volontaristico* delle parti non è più recessivo, ma costituisce uno dei catalizzatori del pactum, perché in caso di violazione di questo e di mancato rispetto dell'intesa fiduciaria, *costituisce criterio di imputazione di responsabilità per attivare i rimedi del risarcimento del danno o dell'actio ex art.2932cc.* In questo caso, quindi, è come se l'apparenza fosse lo schermo di riferimento di coefficiente psicologico. E' la volontà delle parti che connota la situazione di apparenza in ordine all'esecuzione del programma fiduciario o del programma simulato. Di fronte ai terzi, l'apparentia iuris/apparentia facti dispiega un significato bivalente: i terzi vedono un'apparenza che può rivestire il significato tanto di intesa fiduciaria che di intesa simulatoria. Ritorniamo pertanto al nodo dell'assimilazione empirica immanente tra proprietà simulata e proprietà fiduciaria e tra contratto simulato e contratto fiduciario.

b)la potestà d'abuso

Secondo la citata dottrina non è più concepibile che la potestà di abuso svolga una funzione discriminante per individuare le fattispecie fiduciarie, dal momento che l'introduzione dell'art.2392 c.c. ha di fatto vanificato il potere reale di cui godeva il fiduciario, che poteva trasformarsi in potestà d'abuso allorquando con autonoma determinazione decidesse di violare i termini del patto.

Le concezioni dualistiche del negozio fiduciario, che muovono pertanto dalla compresenza di un atto di trasferimento e di un contratto correttivo rivelano la loro insufficienza nel momento in cui accedono a fattispecie che presentano analogie strutturali con la simulazione. Non vi è, infatti, alcun aliquid novi se la cifra distintiva del negozio fiduciario è ravvisabile esclusivamente in uno "uno schema contrattuale nel quale elementi reali ed obbligatori, attributivi e correttivi, stanno in rapporto di reciproca correzione, non si supera in realtà la posizione logica del contratto simulato." Per queste ragioni in dottrina si è fatta strada una c.d. concezione monista caratterizzata da un negozio fiduciario che si atterrebbe a contratto atipico caratterizzato dalla *causa fiduciae*. La citata dottrina ritiene che: "In effetti nulla vieta alle parti di formulare, in base alla regola dell'art. 1322, secondo comma, cod.civ., un negozio ad effetti reali atipico, nel quale «la *causa fiduciae*, costituente il centro di gravità del negozio, comunica al negozio stesso ed alla sua funzionalità le esigenze particolari per le quali è stato congegnato. Tra queste, fondamentale caratteristica è la natura transitoria e funzionale dell'acquisto in capo al fiduciario». Riemerge pertanto il profilo della *temporaneità della situazione dominicale del fiduciario come coefficiente di riferimento del negozio fiduciario*. In altre parole il negozio fiduciario presenta un rapporto di corrispondenza biunivoca con la proprietà fiduciaria da cui esso si origina.

non conforme a regolamento contrattuale e afferiscono ad una condotta colposa o nei casi limite dolosa posta in essere dalle parti.

In altre parole, possono essere rilevatori di una serie di circostanze che connotato una colpa o un dolo da parte del fiduciante o del fiduciario, rendendo invalida, in radice, un'operazione che si appella, pertanto, alla Fides, la cui pregnanza semantica si traduce in una necessitata assenza di dolo o colpa dei contraenti (in virtù proprio del delicato/riservato rapporto che devono porre in essere).

O ancora, si può sostenere che la sanzione evochi un'ultrattività del dolo o della colpa, rispetto ai tradizionali canoni di imputazione della responsabilità contrattuale.³⁰⁹

³⁰⁹ Per la dottrina pare che, al netto dell'inquadramento dogmatico, cui si voglia ricondurre la fiducia divenga recessivo il problema di indagare se ci si trovi in un contesto di titolarità reale che si trasferisca o meno in capo al fiduciario. Il concetto di investitura reale, infatti, svolge la funzione di surrogare con il sintagma in oggetto ogni problematica classificatoria evitando di ricondurre il fenomeno ad una casistica dogmatica definita e ancorandolo invece ad una casistica tipologica ed empirica. In altre parole *investitura reale* proietta il problema della titolarità sull'aspetto funzionale esecutivo del rapporto. I poteri del fiduciario sono, in forza di una investitura reale da parte del titolare senza specificare se nel fiduciario campeggi una titolarità effettiva vicaria o altro.

Si è detto supra che il fenomeno fiduciario non può essere esaurito dal negozio attributivo essendo ad esso riconducibili, anche se differenti percorsi normativi e dottrinali, la legittimazione. Sul concetto di legittimazione non si riscontrano concetti univoci.

Secondo alcuni non si può sostenere che «la legittimazione è *vera* «legittimazione», cioè *diritto*, cioè seconda titolarità che si affianca e contrappone alla titolarità»; e giudica tale concezione mero frutto di equivoco verbale per il quale la semplice legittimazione passiva a ricevere che consente al debitore di liberarsi se paga al legittimato, viene trasformata in una legittimazione appunto attiva, che non è più mera presunzione di titolarità del diritto, ma vera titolarità.

Sono pertanto rinvenibili due concetti di legittimazione. Secondo una prima impostazione, la legittimazione sarebbe comprensiva sia dei fatti costitutivi del diritto sia delle mere manifestazioni esteriori della sua titolarità. Secondo altro orientamento la legittimazione consterebbe solo delle manifestazioni esteriori, avrebbe cioè solo un contenuto fenomenico, che si traduce nell'attribuzione di un potere di fatto.

Richiamando però la legge di circolazione dei titoli di credito, si può accogliere come nozione di legittimazione questo: *che il possessore del titolo nelle forme di legge può pretendere la prestazione menzionata nel titolo senza che gli possa essere richiesta la*

prova, o altra prova, della titolarità. Questa impostazione importa una dissociazione tra proprietà e possesso, possibile anche per la cosa mobile, che corrisponde alla possibile dissociazione tra titolarità del diritto e legittimazione cartolare.

Si può accogliere, a pieno titolo, quella dottrina che riconduce alla legittimazione una presunzione di titolarità. Questo però costituisce solo il presupposto cui si pone un requisito determinante accessivo. Nell'operazione fiduciaria il *quid pluris* rappresentato dalla correttezza affidante del fiduciario, che si riverbera nella corretta esecuzione dell'incarico e il ritrasferimento dei titoli come si può ravvisare nel *portage*"(di conseguenza secondo parte della dottrina, la conclusione che se ne può trarre, è che se davvero sussiste uno strumento, sicuro e inequivoco, che consente di affidare ad altri l'esercizio di un diritto che resta al titolare, si va allora indubbiamente fuori dal campo delle fattispecie simulatorie, di quelle cioè che creano una situazione giuridica soggettiva contro la quale resta però possibile una valida eccezione; così GENTILI, *Simulazione*, cit p.560).

Quindi il legittimato è l'unico titolare, e il nodo gordiano della questione non sarebbe costituito dalla limitazione della titolarità o dalla possibilità di attribuirgli una titolarità condizionata. Ma si sposterebbe invece il punto dirimente sulla possibilità di somministrargli i mezzi per l'esecuzione dell'incarico, con un paradigma esplicativo analogo a quello del mandato a disporre. In caso contrario ogni altra forma di titolarità spogliata determinerebbe una ricaduta nel novero delle c.d. titolarità apparenti.

Arrivati dunque a separare le fattispecie fiduciarie (in questa accezione composita) dalle fattispecie simulatorie, pur con i limiti di questa impostazione, si deve tener conto del contributo fornito dalla disciplina delle società fiduciarie al tema in oggetto. La crescente positivizzazione del fenomeno fiduciario, nell'ambito finanziario (dando corso a quella che da alcuni viene definita fiducia legale, vedi *infra*) ha permesso di allargare il perimetro del negozio fiduciario, sia in punta di disciplina sia in punto di ricadute applicative.

Ripetuti interventi normativi hanno reso particolarmente rilevante la disciplina delle società fiduciarie che si colloca nel quadro più complesso *dell'attività di intermediazione dei valori mobiliari*. Si assiste pertanto ad un'evoluzione della disciplina che tenga in conto :1-“della possibilità che il risparmiatore (id est fiduciante) veda i propri interessi realizzati mediante un affidamento all'ampio potere discrezionale dell'amministratore fiduciario, che può addivenire ad una sequenza di atti che si concretizzano in una ripetuta alienazione del bene”; 2- “*Il gestore opera in nome proprio, acquistando e vendendo titoli con piena facoltà di disinvestimento, o di acquisto in sostituzione di altri valori mobiliari*. Ha però l'obbligo di consentire una costante identificazione, al proprio interno, dei nominativi per conto dei quali le operazioni vengono compiute, e di renderli fiscalmente trasparenti (con una procedura analoga a quella con cui il trustee del *trust company* provvede nella identificazione /tuela del trust fund, mediante la creazione e predisposizione di appositi sottofondi).

In questo contesto è altresì ravvisabile una differenza di fondo rispetto alla tematica della simulazione sia in punto di negozio attributivo sia per quello che concerne il c.d. accordo

Analizziamo ora sinteticamente i singoli aspetti del contenuto del sintagma *fiducia tecnica*, riservandoci di approfondirlo nella parte speciale del presente lavoro (capitoli 3 e 4), quando si passeranno in rassegna, all'interno del formante, le singole fattispecie riconducibili al nomen iuris negozio fiduciario.

- I) *La creazione della proprietà fiduciaria*. Si può parlare, a questo riguardo, di una creazione legislativa della proprietà fiduciaria, dal momento che l'effetto reale viene considerato un precipitato tecnico del contratto di fiducie.
- II) *La riservatezza*, che accompagna l'operazione fiduciaria,³¹⁰ è considerata un alterius rispetto a segretezza, recidendo così funzionalmente e concettualmente il rapporto fiduciario dalla

interno, che sarebbe nel caso della fiducia riconducibile al *pactum fiduciae*. Non si verte più nella fattispecie del contratto di prestanome, con cui si chiede ad un soggetto di far da schermo, rivestendo una posizione sostanzialmente passiva al netto delle prestazioni che eventualmente ponga in essere solo a fini meramente elusivi o di c.c. copertura. Nella simulazione il negozio attributivo ex se realizza lo scopo, per cui l'efficienza causale del prestanome è ridotta alla c.d. copertura. Nel mandato fiduciario ad amministrare valori mobiliari l'attribuzione patrimoniale è solo uno strumento necessario, ma del tutto insufficiente al fine perseguito dal risparmiatore, che è riconducibile invece all'autonoma attività del fiduciario-gestore.

E' l'autonomia del gestore che qualifica in termini differenti la posizione del fiduciario, rispetto a quella del prestanome, pur nell'esecuzione dell'incarico il *pactum fiduciae ha una natura performante*:

a) presenta un contenuto esterno che integrato con l'apparenza costituisce la fenomenologia dell'operazione o della sequenza di operazioni che vengono poste in essere per integrare il programma. In altre parole riveste un contenuto prescrittivo, in cui emerge la figura di dominus negotii in senso lato del fiduciante. In questa fase prescrittiva si rinviene anche l'indicizzazione dei referenti di responsabilità (i c.d. criteri di imputazione di responsabilità delle parti e il contenuto degli obblighi protettivi a loro carico);

b) presenta un contenuto interno in cui si rivela l'autonomia funzionale del fiduciario nella realizzazione del programma e nel rispetto delle prescrizioni del patto. Tale autonomia gestionale è maggiormente ravvisabile nel contesto testè esaminato del gestore nelle attività di intermediazione dei valori mobiliari.

³¹⁰ Seguendo a questo riguardo le indicazioni di A. LUMINOSO, *Rappresentanza e mandato a confronto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, I, p.741; e circa l'attenzione che deve essere riservata ad un uso corretto della terminologia cfr. F.FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi in onore di V.Scialoja*, II, Milano, 1905, p.743-746.

simulazione. La simulazione diviene, pertanto, una deriva patologica³¹¹ del rapporto fiduciario, che, nel caso in cui debordi dal tracciato legislativo, risulta integrare fattispecie cui viene applicata una sanzione in capo agli autori (o per meglio dire una fattispecie meritevole di sanzione).³¹²

³¹¹ Si vedano le regole in materia di prova, in senso innovativo, Cass. 20 febbraio 2013, n.4184, in materia di patto fiduciario relativo a quota di s.r.l. in e Cass. 2 settembre 2013, n.20051, in *Corr. Giur.*, 2013, p.1504. per la dottrina, G. VETTORI, *La prova del pactum fiduciae*, in *Foro. It.*, 1991, I, 2497ss; A. REALI, *La fiducia e il trust*, in A. GAMBARO- U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile*, Milano, 2012, p.445-451.

Il tema dell'inadempimento del patto fiduciario è trattato in L.CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p.249; I BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Civ.* 1955, I, p.618; 627-8.

³¹² Deve darsi in questa sede per le ricadute in ambito dogmatico che riveste nella delimitazione unitaria del fenomeno fiduciario nell'ordinamento francese e in quello italiano, di quella dottrina che ricava una sul piano definitorio funzionale l'emersione del concetto fiducia quale *argumentum a contrariis* rispetto alla simulazione.

In altre parole, la simulazione e la fiducia non rappresentano fenomeni eterogenei , ma consentono l'instaurazione di un rapporto di specialità reciproca, consentendo di effettuare una *definito per differenziam*.

A livello preliminare, si deve innanzitutto precisare che questo modello di strutturazione degli istituti può essere attivato solo su di un piano meramente empirico, a cominciare dalla enucleazione, quale parametro di riferimento, dell'interconnessione tra il negozio fiduciario e il negozio simulato. A nostro avviso, dovrà altresì essere compiuto un ulteriore passaggio, per consentire una maggiore fruibilità del modello, nell'ordinamento francese, a livello di formante, tra contratto simulato e contratto di fiducia.

Riservandoci di approfondire in seguito gli aspetti patologici della ricaduta della simulazione nel contratto fiduciario, dobbiamo avvertire questo tipo di ricostruzione riveste solo un carattere connotativo e di limitata esplicazione dogmatica, dal momento che coglie solo un settore delle possibili interazioni tra tra la fiducia e la dinamica dei rapporti giuridici negoziali.

Questo tipo di approccio, infatti, sconta il pregiudizio ontologico che la separazione patrimoniale indotta dal negozio fiduciario rivesta un carattere di riservatezza tale, in ordine alla dinamica dei rapporti tra fiduciante e fiduciario, che l'hanno originata, da produrre uno schermo di occultamento, che dia ingresso ad una forma di simulazione relativa o di simulazione assoluta, risolvibile solo a valle dell'intero rapporto.

Il confronto della simulazione con la fiducia (e qui ci si riferisce alla fiducia cum amico, valendo per la fiducia cum creditore considerazioni in parte diverse, che esulano dalla trattazione) non può avere la stessa nettezza di quello con la riserva mentale.

Questo confronto tra il negozio fiduciario e la simulazione porta ad una destrutturazione del tipo, rendendo necessario abbandonare un'impostazione unitaria per recuperare una prospettiva disaggregata, in cui sono rinvenibili una pluralità di negozi fiduciari. (così GENTILI, *Simulazione*, cit ibidem).

Vi è quindi una pluralità di negozi che partono da una impostazione primitiva come quella dei negozi che richiamano il coefficiente fiducia come elemento metagiuridico. Si tratterebbe di negozi in cui il termine 'fiduciario' assumerebbe una pregnanza semantica assorbente, tanto da condizionarne il valore normativo. Si tratterebbe di negozi in cui l'affidamento è un prius logico e ontologico rispetto all'integrazione della fattispecie complessa (costituita dalla sequenza di atti o negozi (indiretti) che costituiscono l'operazione fiduciaria). Caratteristica di questa impostazione è il ribaltamento della concezione dualistica tradizionale, secondo cui il rilievo fondante del negozio fiduciario sia costituito dall'atto traslativo della proprietà tra fiduciante e fiduciario, veicolato dal patto obbligatorio correttivo. In questo caso, il patto obbligatorio enunciando la causa dell'atto traslativo esecutivo diviene la fonte del rapporto fiduciario. Indicando la giustificazione del ritrasferimento, assume il valore di precetto del rapporto.

Secondo una prima prospettiva, veramente «fiduciari» sarebbero solo quei negozi che i contraenti siano convinti di affidare al rilievo di forze metagiuridiche. Dal punto di vista ontologico questa prospettiva è forse la più suggestivamente efficace: solo così infatti ci si trova di fronte ad un caso realmente governato dall'elemento fiduciario. Ma dal punto di vista giuridico, la prospettiva è del tutto insoddisfacente. Non è affatto escluso che l'operazione fiduciaria sia parcellizzata in più fasi, in cui solo in alcune di esse le parti siano garantite reciprocamente con strumenti coercitivi o reali circa l'adempimento del programma, mentre altre fasi sono lasciate all'esecuzione spontanea del fiduciario.

La fiducia come pattuizione morale sarebbe solo una deriva di questa impostazione, in quanto l'aspettativa del fiduciante non può essere solo lasciata alla spontanea esecuzione del fiduciario.

Il problema giuridico della fiducia nasce, infatti, quando la regola fiduciaria interferisca con quella formale pretendendo di essere altrettanto vincolante. A questo sin dal principio alludeva la tradizionale formula dell'eccedenza del mezzo sullo scopo. Mezzo e scopo entrambi giuridicamente rilevanti, ma segnati da una discrasia, il cui coordinamento si ravvisa nella funzione precettiva del pactum fiduciae, che attribuisce oltre alla regola di esecuzione del programma da parte dei contraenti (id est fiduciante e fiduciario) anche il coefficiente di indicazione della responsabilità subiettiva per l'inadempimento.

La Corte di Cassazione aveva individuato il contratto fiduciario nel 1941, ma poi la sentenza era passata sotto silenzio e secondo la dottrina (LUPOI, Il contratto di affidamento, cit. p.89) sarebbe stata inidonea a fondare una regola iuris per dirimere le controversie relative alla materia di affidamento di una somma di denaro.

III) *La valenza mancipatoria della fiducia*. Il concetto di fiducia tecnica si riflette quindi sulla situazione dominicale del fiduciario, sia da un punto di vista della fonte, sia dal punto di vista del contenuto. Dal punto di vista della fonte, perchè l'atto traslativo di trasferimento (che per il diritto francese è condicio sine qua non per l'identificazione del contratto di *fiducie*) presuppone un accordo fiduciario, che si traduce nella realtà fenomenica in una proprietà creata mediante un procedimento di articolazione patrimoniale e, nello specifico, sub specie di separazione patrimoniale. Dal punto di vista del contenuto, perché, come chiarito supra, questa proprietà ha nella sua substantia un valore economico (id est proprietà economica), la cui temporaneità non costituisce ex se un limite, ma si pone come indicatore della funzionalità rispetto ad uno scopo. Questa considerazione diviene, altresì, ancora più pregnante valorizzando il dato testuale secondo cui a livello, sia di formante, sia nel contesto della prassi, la fiducia accomuna fenomenologie eterogenee. Viene in conto, in primo luogo, la tradizionale dicotomia tra fiducia romanistica e fiducia germanistica, che potremmo provare a risolvere alla luce del concetto di fiducia tecnica, in una dicotomia tra fiducia basata su un modello attributivo e fiducia basata sulla legittimazione. In entrambi i casi, si perviene ad una proprietà fiduciaria di cui deve essere definito il rapporto nei confronti del fiduciante e nei confronti del fiduciario. Ancora più dirimente, ai nostri fini, è lo scrutinio della fiducia alla luce dei parametri della fiducia statica e della fiducia

Solo nel 1957 la Cassazione elaborò con maggior acribia la suddetta regula iuris (quando si prospettò un caso in cui oggetto del negozio fiduciario era non tanto la somma di denaro consegnata dal fiduciante al fiduciario, quanto l'impiego che questi ne avrebbe fatto e il passo avanti fu allora necessario perché sarebbe stato difficilmente concepibile applicare la teoria del pactum fiduciae, così come classicamente prospettata, alla consegna di una somma di denaro che chiaramente non può profilare né alcun aspetto di eccesso del mezzo rispetto al fine né alcuna volontà di limitare fra le parti gli effetti del negozio traslativo)

Questa linea giurisprudenziale proseguì nel 1960, quando anche si trattava di somma di denaro, e fu infine definitivamente esplicitata nella sentenza del 1978, che richiamò pertanto i precedenti del 1957 e del 1960.

A fronte di Cass. 1978:

la giurisprudenza di questa Corte ha da tempo superato la stretta nozione di fiducia connessa all'ipotesi di trasferimento di natura reale del fiduciario con l'intesa dell'uso previsto e della successiva restituzione, riconoscendo il patto fiduciario anche nell'ipotesi di attribuzione dal fiduciante al fiduciario di una somma di denaro affinché il secondo acquisti un dato ene in nome proprio diventandone titolare di fronte al venditore ed ai terzi ma sia obbligato ad usarlo per il raggiungimento di un dato fine, che rappresenta la ragione d'essere del rapporto fiduciario e poi si sia obbligato a trasferire lo stesso bene'.

dinamica soprattutto nel diritto francese. Per effetto dell'entrata in vigore della legge sulla Fiducie, il modello legale di fiducia diviene quello attributivo, basato su di un trasferimento di proprietà e sulla corrispondente formazione di un titolo rappresentato dal *patrimoine d'affectation*.³¹³

³¹³ Il modello attributivo che a lungo ha costituito l'archetipo del negozio fiduciario non esaurisce il fenomeno. Esso viene messo in crisi dal modello di fiducia statica, che prescinde dal trasferimento di proprietà.

Invero la questione si pone in termini più complessi, dal momento che, a livello di individuazione del formante, si deve segnalare che:

a) in Francia la scelta del legislatore è stata quella di concepire il contratto di fiducie come modello attributivo, squalificando la fiducia statica quale ipotesi di fiducia nominata:

b) se la fiducie francese squalifica le ipotesi di fiducia statica, si differenzia anche dal trust autodichiarato e, in questo modo, viene meno un argomento rispetto la presunta componente emulativa della fiducie nei confronti del trust.

c) l'effetto reale connesso alla fiducie è sintomatico del controllo che il Legislatore intende esercitare sui modi di acquisto della proprietà, dal momento che solo la fiducie costituisce la proprietà fiduciaria, mediante la separazione (c.d. *patrimoine d'affectation*).

d) il momento attributivo è determinato nel contratto di fiducie, probabilmente in forza del rilievo meramente finanziario presente nelle intenzioni del Legislatore c.d. costituente. Un punto di torsione è rappresentato dalla mancanza in Francia di un istituto analogo al mandato senza rappresentanza.

Su di un piano strettamente dogmatico, anche se non è possibile rinvenire un momento attributivo nella fiducia statica, si rivengono le medesime problematiche della fiducia dinamica, specie per quanto attiene agli aspetti patologici rappresentati dalla potestà di abuso.

Il tema della fiducia statica è delineato da LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, sp. 153-155; 181-191; 390-394 e trova ingresso nella giurisprudenza italiana con Cass. 21 novembre 1975, n.3911.

Sul concorrente concetto di *declaration of trust*, R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, p.14s e in particolare M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, sec.ed. Padova, 2011, p.33ss. M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Torino, 2004, pp. 191ss sul concetto di *dichiarazione di fiducia*

Sugli obblighi di ripristino patrimoniale e sulle c.d. risistemazioni fiduciarie D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato diretto da Pietro Perlingieri*, Napoli 2004, p.354-356; Per una posizione più

risalente ex multis G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, p.145-147.

Nell'inquadramento della fiducia statica, la dottrina rileva che viene in conto esclusivamente la situazione in cui il fiduciario non deriva da un atto di trasferimento del fiduciante i beni oggetto dell'incarico fiduciario escludendo dalla categoria le ipotesi in cui, se non direttamente i beni, il fiduciante somministra comunque i mezzi patrimoniali necessari a conseguirli (così GENTILI, cit passim) È questo il caso più diffuso nella prassi, e che presenterebbe meno problematiche, in quanto non si tratterebbe di valutare l'esistenza di un negozio astratto di trasferimento, a monte dell'operazione (in quanto la somministrazione di mezzi potrebbe indurre a riproporre il concetto di fiduciante come proprietario sostanziale ed economico). Si deve pertanto considerare la fiducia statica per così dire allo stato puro, nei seguenti casi:

1- quelli in cui l'incarico fiduciario viene acquisito in relazione a beni che il fiduciario già possiede e rispetto ai quali si obbliga soltanto ad operare secondo le direttive e nel l'interesse del fiduciante;

2- quelli in cui l'incarico fiduciario viene acquisito in relazione a beni che il fiduciario già possiede e rispetto ai quali ad esercitare il proprio potere di disporre, dopo tali operazioni, in favore del fiduciante stesso o di un terzo beneficiario da lui indicato.

La somministrazione dei mezzi da parte del fiduciante può portare alle seguenti situazioni:

- a) il fiduciario acquisisce e intesta a sé un bene che amministra in attesa (se del caso) di ritrasferirlo al fiduciante o al terzo da questi designato (secondo le norme sul mandato cfr. la possibilità del mandante di esprimere a sua tutela l'azione diretta);
- b) la originaria proprietà, formale e sostanziale, del fiduciario diviene, con l'assunzione dell'impegno (più correttamente mediante una dichiarazione di impegno) anche nel caso in cui sia acquisita attraverso l'altro finanziamento (con la variante che si tratterebbe di una proprietà nell'interesse del finanziatore);
- c) L'assimilazione al modello fiduciario si spinge anche agli aspetti patologici, atteso che è possibile ravvisare in capo al fiduciario l'esercizio della c.d. potestà d'abuso. In questo caso, l'unica possibilità per il fiduciante sarebbe il risarcimento danno o l'azione ex art.2932 c.c. nel rispetto dei diritti dei terzi, ma considerando che il fiduciario è ad ogni effetto proprietario.

Sulla base di questo assunto, si sostiene che se l'analisi verte sul momento attributivo è possibile ravvisare un'assimilazione strutturale alle operazioni simulate, mentre invece se viene reperito il coefficiente psicologico in relazione al mandato fiduciario, non è possibile alcuna comparazione.

In punto di disciplina si tratterà di ricondurre le fattispecie qui considerate ad un modello differente da quello attributivo, che si è visto essere la categoria informativa della fiducia romanistica. Chi si è occupato del problema sostiene che i tipi contrattuali di riferimento siano: un contratto di mandato, o la commissione o il deposito. (si segnala la contrarietà di

chi nega talvolta che si possa ricorrere al mandato, in relazione a quelle operazioni che riguardano titoli di credito; nelle quali, si sostiene, l'incarico è troppo ampio, troppo ampiamente rimesso alla discrezionalità dell'incaricato, perché il mandato possa essere la categoria concettuale di riferimento; obiezione non condivisa dalla dottrina in commento GENTILI, *Simulazione*, cit. p.,560ss perché ritenuta fondata su di una considerazione assai restrittiva della figura del mandato).

Si attergerebbero a simulatorie tutte quelle figure fiduciarie che si incentrano su una doppia proprietà, o proprietà smembrata, o proprietà limitata, o proprietà e legittimazione, che in modi non sostanzialmente diversi definiscono sempre e soltanto la formazione in favore del «fiduciario» di un titolo in base al quale egli possa accampare la titolarità o almeno l'esercizio di un diritto che dovrebbe invece «sostanzialmente» riconoscersi al «fiduciante». I fiducianti contro quel titolo precostituiscono un'eccezione attraverso il pactum che funge da meccanismo di difesa della titolarità reale del fiduciante (e del programma negoziale fiduciario) anticipatamente azionato. Costruzioni che presiedono a quella concezione dominicale scissa prodromica di una proprietà economica o di una proprietà temporanea.

Ad una analisi marginale parrebbe secondo la prassi di poter ascrivere nei fenomeni simulatori il portage azionario, che abbiano scelto di considerare quale prototipo della fiducia gestione. Secondo parte della dottrina, quindi si potrebbe profilare un profilo di intersezione con la simulazione oggettiva sub specie di simulazione assoluta o relativa. Quindi secondo questo meccanismo, le parti stipulerebbero un negozio solo apparente, che in realtà non vogliono affatto (simulazione assoluta) ovvero volendo innanzitutto concludere un diverso negozio, il negozio dissimulato, in tal caso parlandosi di simulazione relativa.

Per quanto attiene agli effetti, il negozio simulato non produrrà alcun effetto tra le parti, mentre produrrà effetto ove lecito e risultino presenti i necessari requisiti di forma e di sostanza, il negozio dissimulato. Alle parti spetterà in ogni momento l'azione di simulazione, volta a far accertare dal giudice la reale, dissimulata situazione esistente tra le parti. Nei confronti dei terzi di buona fede ivi compresi i subacquirenti che abbiano acquistato diritti dal titolare apparente, in virtù del principio della tutela dell'affidamento, la simulazione non potrà essere validamente opposta, dovendo prevalere l'apparenza sulla realtà. Il fenomeno che qui viene in conto è quello della titolarità apparente che si determina in capo al prestatore, alla luce delle evidenti similitudini con il portage nei termini così ricostruiti (così, P. CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.135-136 e 136 nt 135).

Da un punto di vista meramente empirico (considerando la titolarità apparente affidata ad un prestatore e il meccanismo del portage azionario) si assiste ad una dualità di rapporti giuridicamente rilevanti, l'uno all'interno, l'altro all'esterno; così come nel portage si ravvisa la convenzione negoziale tra ordinante e porteur, che disciplina, a livello meramente obbligatorio, i reciproci obblighi e diritti, così nella simulazione si avrà l'accordo simulatorio. In entrambi i casi viene in conto la stessa esigenza di discrezione e riservatezza dei rapporti interni alle parti.

Similmente a quanto avviene normalmente in caso di simulazione, con riguardo al titolare apparente, anche nel portage, il porteur agisce in nome proprio, senza così rivelare all'esterno, nei rapporti interni, di agire nell'interesse dell'ordinante. Entrambi sono quindi qualificabili, se osservati dall'esterno, come titolari, interposti reali. In entrambi casi, l'interesse che deve essere perseguito dal porteur, così come dal titolare apparente, è sempre quello rispettivamente, dell'ordinante e del titolare effettivo; né l'uno né l'altro possono perseguire interessi personali. Possono subire conseguenze pregiudizievoli, dovendo godere di un regime di piena neutralità.

Non sono ravvisabili naltresi altre simulazioni né empiriche né strutturali *ratione materiae*. In senso diverso in dottrina MORELLO, *cit.* nt.50 p.82, che assimila nella sostanza i due fenomeni della fiducia romanistica e della simulazione. Per un'assimilazione tra simulazione e interposizione reale A.GENTILI, *Il contrato simulato*, Napoli, 1979, p.323.

Sulla strutturale eterogeneità di due fenomeni si assesta a dottrina maggioritaria F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti Scialoja*, Roma, 1905, p.56; P.G. JAEGER, *a separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p.13; C.GRASSETTI, *cit.* nt.9 par.2 par.4; F.GAZZONI, *cit.* p.nt.72 p.980; F.DI MAIO, *Società fiduciaria e contratto fiduciario*, Milano, 1977, p.23; Id. *Diritto agli utili e intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 2001, p.974.

Al di là del citato comune tratto della riservatezza, le finalità perseguite nei due casi non sono comparabili. Nel caso della simulazione, le parti danno luogo ad una falsa apparenza esterna, volta a celare ai terzi la reale loro volontà dissimulata. Nel caso del portage, al contrario non si verifica alcuno scostamento tra apparenza esterna e realtà interna, tra volontà e dichiarazione. Per effetto della libera autonomia negoziale delle parti, viene a crearsi una nuova situazione giuridica reale e stabile e non unilateralmente revocabile, in capo al porteur, che oblitera il soggetto ordinante, non limitandosi a celarne l'identità.

Il porteur deve ritenersi, infatti, l'effettivo proprietario delle azioni e conseguentemente come il vero azionista della società, con tutto ciò che incorre in tema di prerogative e diritti, rischi e responsabilità connessi.

Non è, altresì, dirimente la corretta considerazione secondo cui tali prerogative verranno poi ritrasferite e traslate in capo all'ordinante, ma ciò può avvenire solo in via meramente obbligatoria e imperfetta.

Per quanto attiene poi il profilo del rischio, la traslazione è per sua natura limitata, dal momento che il porteur assume pienamente su di sé il rischio di inadempimento dell'ordinante, rispetto agli impegni di riacquisto e di maniera da esso assunti.

Per quanto attiene agli effetti c.d. interni: il porteur acquisisce in proprio diritti, che sono opponibili anche all'ordinante e che potranno e dovranno essere a questi ritrasferiti solo in virtù di un successivo atto, nei termini stabiliti negozialmente. Ciò invece non può dirsi per la simulazione: in questo caso la cifra di riferimento è rappresentata dalla *reversibilità permanente della situazione di apparenza* creata dalle parti. Ciascuna di esse in ogni

momento può ad nutum procedere a disvelare la situazione dissimulata, ricorrendo se necessario all'azione di accertamento. Diviene invece sintomatico del portage "l'irrevocabilità ad nutum" (CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.141) e dunque la stabilizzazione nel tempo degli assetti concordati dalle parti. Nei confronti dei terzi, l'inopponibilità del negozio simulatorio potrà valere solo in presenza di buona fede, viceversa stante la titolarità effettiva del diritto in capo al porteur, il rapporto interno tra ordinante e porteur, quale *res inter alias acta* sarà assolutamente inopponibile ai terzi, quando anche fossero in malafede e ciò in virtù dell'art. 1372 c.c.. Nel portage non sono, altresì, applicabili le norme che prevedono l'inopponibilità del negozio simulato ai creditori di buona fede del titolare apparente, ne risulteranno giustificate le limitazioni probatorie previste per la simulazione ex art. 1417.

Parte della dottrina (GENTILI) conclude che "non sono simulatori quei rapporti fiduciari nei quali la distribuzione dei diritti in ordine ai beni investiti dall'operazione non è in alcun momento dubbia, ma – sostanzialmente attraverso un mandato o affini – il fiduciario agisce (avvenga ciò in nome altrui e su beni altrui nel mandato con rappresentanza, ovvero in nome proprio e su beni propri nel mandato senza rappresentanza) in modo determinante per il raggiungimento dei fini del fiduciante"

Viene in conto allora il coefficiente di autonomia funzionale del fiduciario, che costituisce, attenendosi ad una considerazione del profilo volitivo, un elemento dirimente, in ordine all'esecuzione del programma.

Da qui allora, la citata dottrina procede ad uno svilimento della quota attributiva dell'operazione, considerando infatti "l'attribuzione patrimoniale l'accidente" e ipervalutando invece "un incarico ... largamente rimesso alla discrezionalità del fiduciario, rispetto al quale a volte il problema di una strumentale attribuzione patrimoniale neppure si propone ma, il più delle volte invece, esso si impone" (sul punto sostanzialmente GENTILI, *Simulazione*, ibidem). L'incarico di cui si dibatte è riconducibile ad un mandato, che può prevedere un'attribuzione patrimoniale meramente strumentale in ragione dell'espletamento dell'incarico. Oppure per accrescere e garantire l'autonomia funzionale del fiduciario (che abbiamo visto essere requisito dirimente dell' *agere*) le parti possono provvedervi in via simulatoria. "Secondo questa ricostruzione " a costituire un'ipotesi «fiduciaria» può infatti anche mancare il momento traslativo. Ma non può mancare l'incarico, Vero è che un'obbligazione di comportamento è presente anche nell'accordo simulatorio che si risolve nel mantenere la copertura, ricorrendo anche ad atti simulati di esecuzione. La sfera dei terzi non subisce interazioni, nè pregiudizi di sorta, salvo che il prestanome esorbitando dalle proprie attribuzioni ponga in essere atti non concordati. Nella fiducia, al contrario l'interazione con la sfera giuridica dei terzi costituisce uno degli esiti fisiologici dell'operazione (e se si accoglie una concezione limitativa della fiducia legale diviene regola nel caso di intestazione a società fiduciaria).

Si pone, a nostro avviso, il problema di calibrare il *iussum* con il *pactum fiduciae* dal momento che la combinazione di regole correttive e trasaltive è ravvisabile sia nelle fattispecie simulatorie che in quelle fiduciarie.

14) LA PORTATA DEL DIVIETO DI FIDUCIE LIBERALITÀ E I CARDINI DEL SISTEMA SUCCESSORIO FRANCESE.

A) LE NULLITÀ DI ORDINE PUBBLICO

Prima di analizzare la portata del divieto di *fiducie liberalità* è opportuno tracciare un quadro di insieme relativo alle liberalità in Francia³¹⁴

Ma mentre la correzione dell'atto traslativo simulato attraverso l'accordo simulatorio non produce alcuna attività in ordine al bene se non quelle strumentali e finalizzate a mantenere l'inganno o la copertura, nel caso di negozio fiduciario il *pactum* riveste un contenuto che si compendia in una serie di regole di comportamento di lata applicazione, che attraverso l'autonomia del fiduciario consentono che svolga una attività di a pieno titolo di gestione o dispositiva del bene. In questo senso pertanto il *pactum* è precetto e criterio di condotta/responsabilità.

La dottrina francese rileva in ciò la differenza: la simulazione è passiva o comunque attiva nei limiti dell'esecuzione dell'atto traslativo, mentre la fiducia è attiva, anche oltre quei limiti.

La *differentia specifica* allora non va cercata nell'atto traslativo ma nel patto simulatorio o fiduciario, e nella relazione che esso instaura fra le parti: il «fiduciario» deve agire giuridicamente.

Sulla causa *fiduciae* come causa atipica del negozio traslativo e i negozi astratti di trasferimento

G. SEGRE, *Sul trasferimento di merci a scopo di garanzia*, in *Ann. Dir. Comp. St. leg.* II-III, 1929, p.832

L.CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p.105ss; *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1937, I, p.657

Sulla non integrabilità di un effetto traslativo erga omnes da parte del negozio fiduciario I BOLOGNA, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Civ.* 1955, I, p.618ss.

Sulla teoria dei negozi collegati M.GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati* in *Riv. It sc. Giur.* 1937, p.275; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.* 1933, I, p.414.

³¹⁴ Solo a livello cursorio, con lo scopo di rendere più intellegibile la ratio del divieto di fiducia liberalità si ripercorrono i tratti salienti delle liberalità nel sistema francese, attraverso alcuni passaggi che l'ordinamento italiano condivide con quello francese.

Le norme sulla legittima. Il code civil è il depositario delle norme che tutelano la legittima negli art. 913 ss (A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani* in *(testo della comunicazione presentata al XVIII Colloquio biennale AIDC "Patrimonio, personae nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative", svoltosi a Ferrara dal 10 al 12

maggio 2007. Sessione di diritto di famiglia coordinata da M. D. Panforti "Un nuovo diritto di famiglia tra tutele e rimedi").* L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, IV ediz. rielab., in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 2000, p. 36, segnala che nel progetto del Code questo sistema era chiamato «legitime», mentre nella redazione definitiva si preferì la formula «reserve», che si distingue sia dalla «reserve coutumiere» sia dalla «legitime de droit», configurandosi come «il risultato di un'opera originale che ha fuso i due istituti, adottando la struttura della riserva allo scopo della legittima»). L'intersezione tra i due istituti della «reserve» e della «legitime» determina una serie di conseguenze sul piano giuridico, addivenendo, di conseguenza alla delineazione di una nuova categoria (infatti come nota FUSARO, la legittima riguarda tutti beni, inclusi quelli donati, ed è attribuita soltanto a discendenti ed ascendenti, ma l'impronta dell'organizzazione riproduce la riserva consuetudinaria) e determinando, altresì, come corollario il c.d. divieto dei patti sulle successioni future (artt. 722, 1130, co. 2., 791, 943, 1389, 1600, 1837), nonché il divieto dei testamenti congiuntivi e reciproci ex art. 968, (così A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002, p. 71 ss., nonché p. 155 s).

La progressiva valutazione dell'autonomia del testatore nella trasmissione generazionale della ricchezza.La Francia ha avvertito un deficit nei meccanismi consentiti dall'ordinamento per una trasmissione della ricchezza e vi ha fatto fronte attraverso l'intervento legislativo, A.FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio* segnala che questo è tipico costume francese, richiamando, altresì, una assiomatica "predilezione verso l'intervento legislativo da tempo registrata e segnalata": si veda . A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. Gambaro e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 287 ss.)

La formulazione del divieto del patto successorio: Art. 722 Code Civil: «Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendent ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la Loi» (A. ZOPPINI, op. cit., p. 156.: segnala che la nozione di patto successorio abbraccia una fenomenologia ampia, ove rientrano atti strutturalmente e causalmente eterogenei; si assiste pertanto ad un processo di generalizzazione empirica sub specie di concetto normativo elastico: id est vengono assoggettati a medesima disciplina insieme negozi tra vivi ed a causa di morte, contratti ed atti unilaterali, nonché il divieto dei testamenti congiuntivi e reciproci). La latitudine del dato normativo, commendevole per eccessiva genericità, ha indotto la giurisprudenza a praticare un' applicazione estensiva , ricomprendendo il divieto in parola nei c.d. principi di ordine pubblico, e individuando successivamente nella meritevolezza del divieto un argine ad una estensione indifferenziata delle maglie applicative (si veda A. PONSARD, *La loi du 3 juillet 1971 sur le rapport à succession, la réduction pour atteinte à la réserve et les partages d'ascendants*, in Recueil Dalloz, 1973, Chron., p. 37 ss.; Cass. Civ., 11 gennaio 1933, in Recueil périodique et critique mensuel Dalloz, 1933, 1, p. 10, con nota di Capitant. In senso evolutivo Cass. Civ. 30 maggio 1985, in Dalloz, 1986, J, p. 65, secondo cui «une promesse de vente déterminée dans son objet et dans son prix, engageant le promettant i immédiatement et de façon irrévocable et faisant naître au profit du bénéficiaire un droit actuel pur et simple et dont seule l'exécution est différée jusqu'au décès du promettant, constitue non un pacte sur succession future, mais une promesse post

mortem valable comme n'ayant suspendu que l'exécution d'un droit déjà né). Tale applicazione lata fu osteggiata dalla dottrina maggioritaria – sulla scorta del temperamento al divieto contenuto nell'art. 722 e nell'art. 1130, co. 2. realizzato dal primo comma dell'art. 1130 «On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit». Accurata ricognizione ne è stata offerta da A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 4 ss., nonché da M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976) catalizzando un intervento del legislatore, che ha introdotto, nella cornice della successione nelle imprese, la clausola di continuazione con gli eredi (L. 24 luglio 1966, n. 66-38, nonché l. 4 gennaio 1978, n. 78-9.; ex art. 21 della l. 66/537 la società in nome collettivo «prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions ci-après: S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants, ces dispositions seront suivies, sauf à prévoir que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société. Il ne sera de même s'il a été stipulé que la société continuerait soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute personne désignée par les status ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires». È poi intervenuta la l. 78/704 precisando che laddove la società continua con i soli soci superstiti l'erede è creditore del valore della quota del socio defunto) –, e poi rispetto ai «fonds de commerce» (L. 13 luglio 1965, n. 65-570, recante la riforma della disciplina del regime patrimoniale della famiglia, ha consentito la conclusione di una convenzione matrimoniale prevedendo che il coniuge superstite collaboratore nell'attività commerciale può conservare l'immobile e liquidare gli altri: «Ils peuvent, toutefois, stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'une d'eux, le survivant aura la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prémourant, à charge d'en tenir compte à la succession, d'après la valeur qu'ils auront au jour où cette faculté sera exercée». La norma è stata poi modificata dalla legge 2006-728.)

La modifica dell'azione di riduzione, introdotta nel 1971 (Art. 10, l. 3 luglio 1971, n. 71-523) alla disciplina dell'azione di riduzione, in base alla quale l'alienazione perfezionata con il consenso di tutti i successori necessari proteggeva l'avente causa dalla pretesa restitutoria, (Art. 930, co. 2., Code Civil vecchio testo: «Lorsque le donateur aura consenti à l'alienation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre les tiers détenteurs». M. GRIMALDI, *Clause stipulée dans une donation – partage pour protéger les ayants cause des donataires contre les effets de la réduction pour atteinte à la vente d'un bien donné*, in Defrenois, 1996, p. 3.) pur mantenendo il divieto di rinuncia, anteriormente all'apertura della successione (TGI Parigi, 12 maggio 1993, in JCP, 1994, II, p. 301, nonché Cass. Civ., 18 maggio 1994, in Defrenois, 1995, p. 175, con nota di M. GRIMALDI, che ha tuttavia escluso ricadesse nel divieto l'atto con cui gli eredi avevano convenuto, prima dell'apertura della successione, che le donazioni manuali ricevute «seraient rapportés à la succession affectés d'un indice à déterminer lors du partage». (preclusione che verrà meno nel 2006).

14)B)IL DIVIETO DI FIDUCIA LIBERALITÀ L'IMPOSSIBILITÀ DI TRACCIARE UN PROFILO UNITARIO DEL NEGOZIO FIDUCIARIO IN FRANCIA.

Per affrontare l'analisi di questa tematica devono essere tenuto presenti i seguenti profili:

- A) *La pretesa impossibilità di una costruzione dogmatica unitaria del negozio fiduciario francese;*
- B) *Il negozio fiduciario francese diviene un istituto contrattualizzato del diritto comune (inteso come diritto privato comune).*
- C) *In ambito successorio, il negozio fiduciario non pare essere un istituto autonomo, ma deve, altresì, essere ricondotto, almeno sotto il profilo empirico, alla macro figura delle liberalità, così come concepite dopo la riforma del 2006³¹⁵. In questa macro figura deve essere ricondotto anche il tema delle modalità di trasmissione (generazionale) della ricchezza. Si assiste, altresì, ad un parziale recupero della natura fedecommissaria della fiducia, in quanto il vincolo che viene posto sui beni è asservito più che alla conservazione/restituzione, quanto alla parcellizzazione veicolata dell proprietà (ovvero come una forma di trasmissione generazionale della ricchezza).*

Analizzati questi profili morfologici ci si deve chiedere quale sia la ratio di questa opzione disaggregata, in tema di negozio fiduciario.

Sono possibili due ipotesi ricostruttive:

- 1) *Il Legislatore abdica da una costruzione unitaria del negozio fiduciario nel diritto civile e disciplina, invece, solo nel codice il diritto comune dei contratti. Questa opzione è praticata per ragioni storico dogmatiche, in quanto il Legislatore medesimo sente*

³¹⁵ *Vi era già stata una prima riforma nel 2001, ma aveva avuto un ambito applicativo settoriale: La riforma attuata nel 2001, infatti, interviene a rafforzare la posizione ereditaria del coniuge, ed a proteggere la circolazione di beni provenienti da un'eredità, specie legittima. Il coniuge riceve - se lo ritiene - una quota di comproprietà ed inoltre i diritti corrispondenti a quelli del nostro art. 540 cod. civ.. L'atto notorio viene ibridato con l'"erbschein" tedesco facendone uno strumento assai più attendibile, molto apprezzato anche in sede comunitaria dove è stato recepito in un progetto di diritto uniforme.*

l'esigenza di agire *in via tutoria*, solo nella regolamentazione di quelle relazioni, al limite del contesto finanziario, considerate maggiormente foriere di pericolo per i contraenti. Alla luce di tale valutazione, i rapporti fiduciari nel diritto delle successioni vengono ricondotti in via subordinata alla liberalità ed il negozio fiduciario, realizzato indirettamente, è solo uno delle modalità con cui si addiame ad una trasmissione della ricchezza.

In questa prospettiva, il divieto di fiducia liberalità, automaticamente squalifica ogni applicazione analogica dei nuovi istituti al diritto ereditario ed emargina le relative fiducie al rango di fiducie innominate, sub specie di fiducie indirette.

2) *Scontando un'impostazione regressiva, il diritto ereditario viene considerato il terreno virtualmente più pericoloso in cui trapiantare l'istituto delle fiducie, proprio per la permanenza dei profili di sospetto legati all'istituto del fedecommesso.* La vigenza del divieto del patto successorio è ostativo a qualsiasi tipo di *fiducie*, perché finirebbe per condurre ad una piena contrattualizzazione della istituzione di erede, considerato questo un portato eccessivamente eversivo da affidare ad un istituto oggetto di ripensamenti continui e depositario di una normativa stratificata sino al parossismo.

A nostro avviso, la prima delle due ipotesi risulta essere la più calzante. Atteso, infatti, che, in dottrina, il preteso divieto di fiducie liberalità viene accolto con estrema perplessità³¹⁶, riteniamo invece che l'assenza di una regolamentazione del negozio fiduciario nell'ambito del diritto ereditario e delle liberalità, costituisca un'opzione di sistema e non una aporia tecnica. Questa regolamentazione disaggregata (perché non è possibile trovare una regolamentazione unitaria del negozio fiduciario, atteso che per le liberalità la recezione moribus, relega la possibilità di attuarlo a dei negozi indiretti) risulterebbe essere sintomatica del tentativo di dare un nuovo corso al negozio fiduciario medesimo.

³¹⁶ Da parte di alcuni autori non si esita, infatti, a definirlo come un divieto irrazionale e non giustificabile con il sistema tenutosi a creare per effetto degli interventi legislativi n commento

Sotto questa prospettiva, ci permettiamo di suggerire di abbandonare, come luogo elettivo di raffronto, il preteso carattere competitivo della fiducie, nei confronti del trust. Sebbene, infatti, questo profilo abbia giocato un ruolo non indifferente, sul piano storico, può essere considerato recessivo, da in punto di vista dogmatico (sia alla luce dei successivi interventi legislativi, che abbiamo definito stratificati, sia alla luce della permanenza del divieto in parola). La costante degli interventi normativi è stata, infatti, quella di spingere progressivamente la fiducie, dal circuito finanziario, nel perimetro della generalizzata applicazione degli istituti di diritto comune. Questo equivale, per il sistema francese, ad un processo di positivizzazione del negozio fiduciario sub specie di contratto. In questo senso, possiamo quindi definire il fenomeno in oggetto la contrattualizzazione del negozio fiduciario. Con i caratteri di contratto bilaterale (non sinallagmatico) e ad effetti reali è quindi il carattere mancipatorio a divenire la quota differenziale dell'istituto di nuovo conio. La cifra mancipatoria è riconducibile al nomen iuris e non è non è nella disponibilità delle parti.

Il divieto allora si giustificerebbe in funzione degli obblighi protettivi reciproci dei contraenti, che non potrebbero attivarsi nel contesto delle liberalità e della fiducia testamentaria, latu sensu intesa.

In altre parole il contratto di *fiducie* sarebbe un contratto bilaterale (imperfetto), *ad effetti protettivi reciproci*, proprio perché il coefficiente fiducia richiede, non un semplice onere, ma un compiuto obbligo di attivazione sia del fiduciante che del fiduciario, nell'esecuzione del programma.

Il carattere protettivo, desumibile ex se anche dalla figura dell'*avvocato fiduciario* imprime un corso privilegiato al contratto, con un carattere di reversibilità/controllato, che una fiducia liberalità non può garantire.

Il divieto, allora, può essere interpretato alla luce del concetto di *fiducia legale*, come abbiamo ritenuto essere operante nel contesto delle fiducie c.d. innominate (nel senso che il contratto di fiducie espressione della c.d. fiducia legale, relega in ambito residuale e

marginale le altre forme di fiducie, che restano ammesse con la loro disciplina, ma non sono suscettibili di interpretazione analogica né di interpretazione estensiva).

Se il contratto di fiducie è un contratto nominato, espressione di una nozione legale della fiducia (id est di creazione legislativa) e quindi di un negozio fiduciario contrattualizzato, ciò vuol dire che la liberalità non può essere veicolata attraverso il contratto di fiducie, ma attraverso manifestazioni del negozio fiduciario, legate all'ambito successorio non abrogate e ancora in vigore ed ammesse.

Il fatto che poi queste, come nel caso *del mandato post mortem e delle liberalità graduelle et residue*, attuino una fiducia in modo indiretto, non esclude l'equipollenza del fenomeno fiduciario, su di un piano effettuale. Tuttavia ciò impone all'interprete di riconoscere come negozio fiduciario tipico la fiducie.

15)C)LA FIDUCIE OBBLIGHI PROTETTIVI E PROTEZIONE PATRIMONIALE.

Si accenna in questa sede, solo in prima approssimazione, un concetto che verrà approfondito successivamente.

Gli obblighi protettivi di cui si discute sono obblighi di tutela delle parti contraenti, riflesso privilegiato della relazione fiduciaria instauratosi.

Nella fiducie non è però alieno il profilo di *protezione patrimoniale*, analogo a quello di cui normalmente si discute quando si istituisce in *trust* (protezione patrimoniale in senso lato) o qualora si istituisce un protettivo trust, il cui grado di separazione patrimoniale del trust Fund consente un grado di impermeabilità maggiorato, non sempre ammesso da tutti gli ordinamenti giuridici.

I beni in *fiducie* presentano un coefficiente di protezione che è diverso da quello presente nella liberalità sopra esaminata.

Si può sostenere che quella presente nella *fiducie* sia maggiorata in rapporto a quella del mandato post mortem e delle liberalità graduelle et residue. In questo caso, *l'articolazione patrimoniale si risolve quasi esclusivamente nell'opposizione di un vincolo*. Un vincolo di *matrice fedecommissaria* non

conservativo ma virtualmente preposto ad una operazione divisorio distributiva.

16)D)LA TRASMISSIONE GENERAZIONALE DELLA RICCHEZZA

La donation-partage, e il «testament-partage», sono figure contemplate dal Code Civil nel capitolo settimo del titolo secondo del libro terzo intitolato ai «partages faites par les ascendants», nel testo originario dell'art. 1075:

«Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et des testaments dans le second, sous réserve de l'application des dispositions qui suivent³¹⁷.

Si tratta di istituti con radici antiche, che secondo gli storici³¹⁸ possono essere riconducibili al diritto romano, poi rielaborate nel «partage d'ascendants» dall'antico diritto francese, e, per altro, nella «démission de biens» dei paesi di tradizione consuetudinaria. A seguito della riforma del 2006, queste disposizioni sono state modificate e raccolte sotto la rubrica «libéralités-partages». Questo sistema ha subito un' integrazione per effetto della legge 23 giugno 2006, n. 2006-728³¹⁹. Questo articolato normativo è

³¹⁷ La legge 88-15 del 5 gennaio 1988 ha aggiunto un terzo comma dedicato alle imprese *Si leurs biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral, les père et mère et autres ascendants peuvent, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets, en faire sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre leurs enfants et descendants et d'autres personnes, sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise entrent dans cette distribution et ce partage et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété de tout ou partie de ces biens ou leur jouissance.*

³¹⁸ G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p.18ss.

³¹⁹ Pubblicata in JO 24 giugno 2006, p. 9513. (34) Un elenco è fornito da V.M. NICOD, *L'anticipation de la succession*, in JCPN, 2006, I. p. 1136. (35) J. CARBONNIER, P. CATALA, J.de Saint Afrique, G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrenois, 2003. parte 363

la risultante di un lungo lavoro dottrinale ad opera di autorevoli studiosi che avevano elaborato pochi anni prima *un progetto dedicato alle liberalità, quale macro-categoria comprensiva delle donazioni e dei lasciti testamentari, assegnandole un ruolo sistematico*³²⁰. Invero, il titolo secondo del libro terzo del codice non è più intitolato «Des donations entre vifs et des testaments», ma «des libéralités», che l'art. 893 definisce incentrandole sulla gratuità («a titre gratuit»), senza accenno allo spirito di liberalità, precisando che «Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament». La legge è intitolata alla «réforme des successions et des libéralités», una riforma ormai percepita come urgente posto che «les successions ne remplissent plus leur rôle traditionnel d'établissement dans la vie»³²¹. *La risposta legislativa è stata nei termini dell'ampliamento dell'autonomia privata*, dello snellimento della gestione del patrimonio, dell'accelerazione della liquidazione della successione³²², senza tuttavia scardinare l'impianto tradizionale³²³, in particolare senza produrre alterazioni di sorta rispetto alla disciplina del divieto dei patti successori³²⁴ e della riserva³²⁵. Le novità di maggior rilievo sono costituite dall'introduzione della possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione e dalla traduzione in valore delle liberalità lesive della riserva³²⁶. Il criterio informatore della riforma è il potenziamento della volontà del

³²⁰ A.FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit.p.5

³²¹ Rapporto al Senato n. 343 del 10 maggio 2006.: in ragione dell'inadeguatezza rispetto alla trasmissione delle imprese, alla modificazione della composizione delle famiglie, alla presenza di figli deboli

³²² *Exposé des motifs*, projet de loi n. 2427 du 29 juin 2005.

³²³ PH. MALAURIE, Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, in *Defrenois*, 2005, p. 38298; D. VIGNEAU, Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, in *JCP N*, 2006, I, p. 1144.

³²⁴ Le formule legislative con cui il Code civil colpisce i patti successori sono assai ampie, rispecchiate nel nostro art. 458 cod. civ., cosicché la giurisprudenza francese ne ha fatto vasto impiego, incorrendo nella disapprovazione della dottrina, che peraltro ha fatto breccia - più che sulle Corti (se non in misura marginale) - sul legislatore, che è intervenuto per allentare il divieto nell'ambito dell'agricoltura, del commercio, del diritto societario. Occorre, peraltro, avvertire che la presenza della *donation partage* consente la distribuzione del patrimonio in vita tra i legittimari con il loro consenso

³²⁵ A.FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit.p.6s.

³²⁶ Si aggiunge altresì al quadro così delineato: *la liquidazione notarile della successione*; vera e propria rivoluzione le «libéralités-partages»; ugualmente significativa la previsione della «donation-partage transgenerazionale»; novità rimarcabile il «mandat a effet postume

disponente³²⁷, realizzato secondo *la consueta tecnica, che risparmia regole di principio e definizioni, ma scava loro il terreno intorno*, consueta al legislatore francese, sin dall'elaborazione del Code Civil³²⁸. Tra le innovazioni si ricordano quelle introdotte in tema di rappresentazione, rinuncia, donationpartage e donazione transgenerazionale, le quali assecondano la logica di solidarietà familiare discendente³²⁹.

17)E)L'IPOTESI FIDUCIARIA DEL MANDATO POST MORTEM, ART. 812-1-1, CO. 1, CODE CIVIL.

Ex art. 812 è prevista la facoltà di attribuire a qualsiasi persona fisica o giuridica – non escluso un erede – mandato ad amministrare o gestire tutto o parte l'asse ereditario, per conto e nell'interesse di uno o più eredi individuati, subordinatamente alla sussistenza di un «interet serieux et legitime» relativo all'erede od al patrimonio. Dev'essere conferito per atto notarile e la sua durata non può eccedere il biennio od il quinquennio, a seconda delle circostanze³³⁰.

La ratio perseguita dal legislatore sarebbe rinvenibile nell'esigenza di ovviare ad alcune lacune il cui riverbero è molto avvertito nella prassi, quali in particolare la trasmissione di un'impresa ad eredi minorenni o incompetenti³³¹. I poteri del mandatario sono limitati alla gestione, rimanendo in capo all'erede per l'alienazione, il quale è pertanto in grado di trasferire i beni, togliendo efficacia al mandato: per questa ragione, la dottrina notarile suggerisce di introdurre meccanismi rivolti ad impedire tale iniziativa da parte del titolare dei beni amministrati³³².

La dottrina francese ha osservato che il legislatore del 2006³³³ ha ideato l'istituto del mandato post mortem proprio allo scopo (certo, ancorché non

³²⁷ A.M. LEROYER, *Reforme des successions et des libéralités*. Loi n. 2006-728 du 23 juin 2006, in Rev. trim. dr. civ., 2006, p. 613)

³²⁸ Come segnalato da R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; A. GAMBARO, *Il modello francese*, in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati 2*, Torino, 2002, p. 287 ss

³²⁹ A.M. LEROYER, op. cit., p. 623

³³⁰ A.FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit. passim.

³³¹ Rap. AN n. 2850 dell'8 febbraio 2006

³³² M.-C. FORGERARD, R. CRONE, B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & formules, Defrenois, Parigi, 2007.

³³³ Assai più articolata è la riforma del 2006, sia dal punto di vista categorico, sia da quello delle regole. Da un lato, si coglie l'apporto del gruppo di lavoro capitanato da Carbonnier, dal cui progetto di legge è stata raccolta la macro categoria della liberalità, comprensiva di

esplicito) di favorire la gestione dell'impresa, poiché attraverso il mandato il de cuius può conferire i poteri di amministrazione necessari alla sola gestione di quella.³³⁴ La portata del mandato differisce a seconda che si tratti di una «entreprise individuelle» o «sociétaire»: nel primo caso, il mandatario può occuparsi direttamente della gestione; nel secondo, gli è riconosciuto il solo diritto di voto in assemblea.

18)F)LE LIBERALITÉ

LE "LIBERALITES GRADUELLES" E LE "LIBÉRALITÉS RESIDUELLES"

Art. 1048: "Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires"³³⁵.

donazioni e testamenti. Dall'altro, si interviene su molteplici aspetti, praticamente su tutti e tre i fronti considerati della riserva, dei patti successori, nonché della circolazione dei beni, anche se questa volta rispetto a quelli la cui provenienza è una donazione.

Quali ragioni dell'intervento legislativo sono state enunciate la perdita di funzionalità del diritto successorio in generale ed in particolare rispetto alla modificazione delle famiglie (con chiaro riferimento a quelle ricomposte), alla presenza di figli deboli, nonché in ordine alla trasmissione delle imprese (nonostante una legge del 1988 avesse adeguato la disciplina della *donation* e del *testament partage* alla presenza di imprese).

La risposta del legislatore è stata resa sul fronte dell'ampliamento dell'autonomia privata, pur senza rimuovere il divieto di patti successori e la riserva.

³³⁴ Nota A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit. che questo non costituisce un vulnus all'efficacia del mandato, in quanto 'la continuità di un'impresa dipende direttamente da quella della sua gestione e del controllo, mentre la trasmissione della proprietà interferisce in misura relativa'

³³⁵ Issues de la loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006, les donations graduelles et résiduelles sont des institutions très originales. Elles enrichissent l'éventail de possibilités de transmissions familiales sur plusieurs générations. Ces deux institutions ont été introduites dans Code civil sous les articles 1048 et 1057. La libéralité graduelle est définie à l'article 1048 du Code civil comme la libéralité pouvant être « grevée d'un charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et les transmettre à son décès, à un second gratifié, désigné à l'acte. »

La libéralité résiduelle est définie à l'article 1057 du Code civil dans les termes suivants :

Si scorge il profilo del fedecommesso dietro la previsione secondo cui al donatario od al legatario può imporsi l'onere della conservazione in vista della trasmissione alla propria morte ad un beneficiario ulteriore, preventivamente indicato; sottolineandosi, per un verso, l'assenza di limiti quanto al novero dei beneficiari finali e, per l'altro, il vincolo alla preservazione del bene, senza accedere alla sua conversione in valore. Disposizione in cui è stato letto³³⁶ il riflettersi dell'evoluzione del patrimonio di famiglia nel senso della sua parcellizzazione, concentrandosi nel vincolo di destinazione gravante su singoli cespitiriceva quanto rimarrà della donazione o del legato effettuati a favore di un primo beneficiario (art.1057).

19) CONCLUSIONI. IL MACRO SISTEMA DELLE LIBERALITÀ COME CATEGORIA CONCETTUALE DI RIFERIMENTO ASSORBENTE RISPETTO ALLA LIBERALITÀ FIDUCIARIA.

Viene rispettata l'ambivalenza strutturale del diritto francese, che considera la materia successoria alterius rispetto a quella di diritto comune, non impiegando la categoria del negozio fiduciario come forma a priori unificante del sistema negoziale di diritto privato.

Si rinviene, pertanto, un *antagonismo tra il negozio fiduciario inteso come contratto fiduciario di diritto comune e la liberalità fiduciaria* realizzata attraverso un percorso indiretto ascrivibile al sistema delle macroliberalità.

Un' ipotesi ricostruttiva può essere quella di considerare il sistema di circolazione dei beni nel diritto francese e il tentativo di eliminare ogni intralcio derivante dalle norme del diritto successorio. Si assisterebbe pertanto ad un duplice imput predisposto dal legislatore francese da un lato di agevolare la sicurezza degli acquisti, dall'altro di eliminare ostacoli superflui alla circolazione dei beni.

Il negozio fiduciario è uno strumento virtualmente ostativo alla circolazione accedendo un'efficacia di propagazione nelle relazioni giuridiche dovute al gioco intercorso tra attività del fiduciante e del fiduciario.

« il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou du legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. »

³³⁶ P. CATALA, *Famille et patrimoine*, Puf, 2000, p. 141 ss.

Ciò è altresì desumibile analizzando la dilatazione del perimetro in cui il *Legislatore francese ha consentito all'autonomia privata di operare*. Nello specifico si può osservare³³⁷:

- a) Il legislatore è inoltre intervenuto sulla riserva e sui patti successori, oltre che sulle incapacità a disporre ed a ricevere, nonché sul ruolo del giudice in particolare in materia di divisione³³⁸.
- b) Hanno fatto ingresso nella regolamentazione dei rapporti personali i PACS, destinatari di previsioni apposite, ed al contempo avamposti cui rapportare proiezioni applicative delle nuove norme.
- c) La disciplina successoria si muove tra tre istanze antagoniste: l'uguaglianza tra gli eredi, la sicurezza del beneficiario, l'autonomia del disponente³³⁹. In questa prospettiva la nuova conformazione

³³⁷ Sul punto, A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit.

³³⁸ Circa la riserva si è discusso in ordine all'inclusione o esclusione di determinate categorie, e del trattamento da assegnare loro. Intanto al coniuge, cui veniva attribuito solo un diritto di usufrutto, soppesandosi le ragioni a favore della sua conservazione oppure le alternative polarizzate nel riconoscere allo stesso una quota di proprietà, o all'opposto nel negargli la riserva. E' stata poi messa sotto accusa la legittima degli ascendenti, dubitandosi della sua fondatezza in ragione dell'età normalmente avanzata di tali soggetti, della realizzazione della solidarietà familiare attraverso forme alternative - quale l'assicurazione sulla vita -, infine della presenza di interventi dello Stato (in particolare la previdenza).

La circolazione dei beni ereditari in Francia risultava doppiamente intralciata, sia dall'incombenza dell'azione di riduzione rispetto alle successioni testamentarie- ed alle donazioni -, sia dalla incertezza che nelle successioni legittime era indotta dal meccanismo dell'atto notorio, esattamente come quello italiano formato da qualche malcapitato che per amicizia si prestava ad attestare l'identità di chiamati alla successione di un defunto mai conosciuto; con l'aggravante che in Francia manca l'omologo dell'art. 534 cod. civ. italiano, Norma che attraverso gli adempimenti pubblicitari mette in salvo gli acquirenti di immobili dall'erede apparente.

³³⁹ *La riserva* è stata incisa ancora una volta intervenendo su una categoria di successori e cioè gli ascendenti, che vengono espulsi dai legittimari. Altro intervento rimarchevole sulla riserva è la riduzione in valore, per cui il beneficiario aggredito dal legittimario leso oggi può liberarsi versando l'equivalente, evitando così la perdita del bene; innovazione che ha messo da parte il principio della legittima in natura. Ancora sulla riserva si riflette la possibilità di rinuncia anticipata all'azione di riduzione, consentita rispetto alla donazione quando il donante è ancora in vita.

E' evidente che la rinunciabilità anticipata alla azione di riduzione è efficiente rispetto alla circolazione giuridica dei beni oggetto di donazione. Da notare la risalente sensibilità francese su questo versante, che già nel 1971 aveva introdotto la vendita del bene donato concordata con gli altri legittimari, atta a proteggere l'acquirente dalle loro pretese successorie.

L'obiettivo di adattare la riserva in ragione dei meriti e dei bisogni non è, dunque, stato attuato in Francia assecondando l'autonomia unilaterale del disponente, dal momento che gli interventi hanno coinvolto categorie complessive di successibili (coniuge prima, ascendenti

dell'istituto della riserva, ha determinato che divenissero recessive le funzioni proprie di un istituto individuale e familiare, a seguito della sua conversione in valore, valorizzando la sicurezza della circolazione giuridica dei beni provenienti da liberalità³⁴⁰.

Parte della dottrina riconduce la problematica relativa al divieto di fiducie liberalità ad una problematica afferente esclusivamente al profilo causale³⁴¹

La fiducia nominata deve essere espressa e tale requisito ridurrebbe la c.d. opacità dell'istituto.

Da un punto di vista storico ne sono evidenziabili tre tipi di utilizzazione: di gestione, di garanzia e di trasmissione di beni a titolo liberale. Questo tipo di

poi). *Il fine di modulare la riserva è stato perseguito attraverso l'introduzione di strumenti nuovi, od il potenziamento di altri preesistenti, tutti bilaterali, quindi allargando la breccia nel divieto dei patti successori, che pure è mantenuto fermo con la salvezza delle eccezioni.* Oltre alla appena ricordata rinuncia all'azione di riduzione, troviamo: l'estensione della *donation - partage* ai figli unilaterali ed ai beni pure non comuni, misura adatta alle famiglie ricomposte; la donazione transgenerazionale, che permette di saltare una generazione, beneficiando i nipoti purché i figli rinuncino ai loro diritti; la liberalità graduale e quella residuale. Secondo la prima al donatario ed al legatario può imporsi l'onere della conservazione in vista della trasmissione alla propria morte ad un beneficiario ulteriore, preventivamente indicato; l'altra consente di prevedere che un terzo riceva quanto rimarrà della donazione o del legato effettuato a favore del primo beneficiario

³⁴⁰ Sul punto A.FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio*, cit. che segnala che in Francia "il movimento verso la contrattualizzazione del diritto successorio, è stato registrato non solo rispetto all'ampliamento dei margini di ammissibilità dei patti sulle eredità future, ma pure in ordine all'impiego di strumenti negoziali per aggirare la riserva".

L'A. pertanto rilegge il diritto successorio francese, alla luce di alcuni tratti qualificanti: la riserva, assistita da azione di riduzione dotata di efficacia reale; il divieto dei patti successori; la trasmissione diretta del lascito ereditario ai chiamati, attraverso la *saisine*, senza transitare per alcun filtro giudiziario o amministrativo (alla tedesca, o all'inglese), su cui si sono innestati gli ultimi interventi legislativi del 2001 e del 2006.

³⁴¹ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.153 con notevole apertura sul piano semantico, la legge definisce fiducia come operazione; mentre per la fiducie innomeè, la definizione legale presenta un'estensione causale indefinita. *In effetti, l'elemento caratterizzante l'istituto fiduciario è che il trasferimento del patrimonio dal fiduciante al fiduciario è operazione opaca oppure a causa variabile.* L'a. critica la considerazione, secondo cui il contratto abbia una valenza sinallagmatica, questo anche nel senso che il divieto di fiducie liberalità non implica che il beneficiario sarebbe tenuto ad effettuare nei confronti del fiduciante una prestazione non irrisoria. Anche se in dottrina non vi è unanimità di vedute. Il beneficiario può coincidere tanto con il costituente quanto con il fiduciario.

tramissione non può essere praticata: *le contract de fiducie est nul s'il procède d'une intention liberale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.*

I privati potranno ricorrere ad istituti equipollenti ma non equivalenti quali il mandato post mortem di cui all'art.812 c.c., la *libertè graduelle*(art.1048) e la *libertè rèsiduelle*(art. 1049).

Già a partire dal dibattito in senato, della seduta del 17 ottobre 2006 la dottrina si è interrogata sulle ragioni di tale divieto.

Secondo alcuni, come si è visto, l'istituto delle fiducie nonostante gli stratificati interventi normativi non ha mai percorso una vera e propria conversione dall'originaria impostazione finanziaria per assumere la species di istituto di diritto comune solo formalmente.

In sede costituente, era stato evidenziato prevalentemente il rischio che venisse utilizzata come strumento eversivo dei cardini della materia successoria.

Sembrerebbe che la vera ratio del divieto sia ascrivibile al pericolo di abuso dello strumento fiduciario. Pericolo che però gli stessi autori d'Oltralpe hanno considerato privo di *substantia*³⁴², tra l'altro non giustificabile con la sanzione della nullità di ordine pubblico, nè con le ulteriori sanzioni amministrative predisposte dall'amministrazione finanziaria, nei confronti delle c.d. fiducie liberali.

Il legislatore ha instaurato una vera e propria presunzione, secondo cui la fiducia liberale rivestirebbe una finalità elusiva. Dunque oltre alla tassa massima applicabile sul valore degli elementi e/o vantaggi trasferiti a titolo gratuito, si deve aggiungere una maggiorazione dell'80% sui beni trasmessi a titolo di liberalità, il tutto senza possibilità di revoca e restituzione delle tasse percepite laddove il giudice accerti la validità dell'operazione economica.

³⁴² TRIPET cit. ibidem.

CAPITOLO II

LA RILEVANZA ESTERNA DELLA CAUSA FIDUCIAE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1.LA 'FENOMENOLOGIA' DEL NEGOZIO GIURIDICO ITALIANO ALLA LUCE DELLA RILEVANZA ESTERNA DELLA CAUSA FIDUCIAE. L'EMERSIONE DELLA CAUSA FIDUCIAE.

Secondo l'impostazione classica il negozio fiduciario è un contratto traslativo tra fiduciante e fiduciario, al quale accede un patto con un vincolo, puramente interno e non opponibile a terzi, allo scopo di rilevare uno scopo diverso o parzialmente diverso da quello del contratto prescelto, attribuendo a tale patto la funzione di piegare il contratto traslativo, alla realizzazione dello scopo perseguito³⁴³

³⁴³ Da qui nasce la classica considerazione, in ordine alla eccedenza del mezzo rispetto al fine o alla eccedenza della causa del contratto rispetto allo scopo delle parti.

Viene considerato un punto di partenza il negozio traslativo tra fiduciante e fiduciario: un valido negozio traslativo realmente voluto e non simulato. Un negozio in forza del quale il fiduciario divenga titolare di una posizione soggettiva, tanto nei confronti del fiduciante, che nei confronti di terzi. Esso deve essere accompagnato da una separata pattuizione che è tradizionalmente concepita come pattuizione segreta tra fiduciante e fiduciario, contemporanea alla pattuizione del negozio traslativo. Questa pattuizione limita tra le parti gli effetti del primo negozio, pur voluto ed eventualmente impone obbligazioni sul fiduciario. Circa il modo di avvalersi della posizione soggettiva che gli è stata trasferita dal fiduciante.

Da questa definizione emergono i tradizionali elementi del modello attributivo di fiducia, conformato in base alla fiducia romanistica: negozio traslativo e patto correttivo che disgrega il titolo.

Questa è l'impostazione ricavabile da F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, 2002, p.486-498.

Una parte trasferisce la proprietà di un bene all'altra parte che si obbliga a gestirlo secondo le direttive del fiduciante³⁴⁴

³⁴⁴ Questa che è l'impostazione più tradizionale in tema di negozio fiduciario è stata sottoposta recentemente ad integrale revisione critica da parte di LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p.23ss, che ne ha rilevato le insufficienze in diversi passaggi della sua monografia. Le criticità denunciate possono essere così espresse:

- 1) *La configurazione strutturale classica del negozio fiduciario pare non avere riscontro nella realtà della vita giuridica.* In pochi arresti del diritto vivente, sembra essere riscontrabile l'impostazione binaria del negozio attributivo accompagnato da un *pactum fiduciae* con funzione correttiva.
- 2) L'unico caso di funzione tipica del patto fiduciario è rappresentata *dalla girata fiduciaria di cambiale*, alla quale accede un accordo circa le somme incassate. Sulla base della letteralità del titolo non sarebbe possibile operare questa soluzione.
- 3) *La configurazione classica del rapporto pactum fiduciae/ negozio attributivo prevede tre possibili varianti:* a- si nega rilevanza causale al patto, rispetto al negozio principale, se non come suo motivo; b- si considera il patto quale negozio a se stante con una propria causa, funzionalmente collegato con il negozio principale; sarebbero questi i casi del patto di retrovendita a favore del fiduciante. Di modo che i due negozi collegati attuano il negozio fiduciario; c- il patto è considerato quale patto di un unico negozio, il quale è così regolamentato, sia dai patti del negozio principale, sia dal patto fiduciario che, a tutti gli effetti è inserito tra i patti del negozio principale. L'a. sottolinea, altresì, che se il negozio principale è un negozio tipico possono esservi due ulteriori esiti: I- l'inclusione del patto fiduciario produce una modificazione della causa del negozio traslativo tipico (viene riportato il caso in cui, nel contesto della cessione di partecipazioni societarie la cessione mira a dare temporaneamente alla società un socio accomandatario, che possa rimuovere gli ostacoli all'ottenimento della nuova licenza: essendo la cessione eseguita senza corrispettivo essa materializza l'esistenza di una causa fiduciae, che equivale allo scopo pratico perseguito dalle parti.-II il patto non riverbera effetti sulla causa del negozio che rimane pertanto tipica.
- 4) Sulla base dei risultati della giurisprudenza l'A. ridimensiona anche l'efficacia euristica della tesi che ravvisa *l'eccedenza del mezzo sullo scopo*, quale cifra caratterizzante del negozio fiduciario (LUPOI, cit. 53-55): la giurisprudenza esaminata non avrebbe permesso di ravvisare l'esistenza di patti che, secondo la concezione classica abbiano un'efficacia correttiva, tale da deviare o annullare il negozio traslativo, o che possano attenuare la sproporzione del mezzo rispetto al fine. La critica a questa prospettazione è finalizzata all'obiettivo di riportare la centralità del programma negoziale commesso (nel senso etimologico di *committere*) al fiduciario.
- 5) Anche la *potestà di abuso* non potrebbe essere un criterio discriminante per la selezione della fattispecie fiduciarie, dal momento che l'analisi giurisprudenziale non esclude i casi di impropria alienazione dei beni fiduciari, da parte del

fiduciante, ma non ritiene che dai dati sia desumibile che la fattispecie possa essere ricondotta al *paradigmatico esercizio della potestà di abuso*.

- 6) Viene analizzata, invece, la teoria del singolo negozio proposta da GRASSETTI, per fornire una giustificazione causale al negozio traslativo. L'approccio unitario a un lato aveva il pregio di elidere le problematiche relative al carattere accessivo della pattuizione, dall'altro presentava però la difficoltà di ricondurre ad una causa unitaria una generalità di fattispecie empiricamente connotate. Secondo LUPOI, la vita giuridica presenta numerosi negozi fiduciari unitari, ma ritiene che essi presentino una eterogeneità strutturale e causale. *Per convenzione l'A. chiama questi negozi contratti fiduciari.*
- 7) All'interno della categoria concettuale unitaria, che l'A. definisce contratto fiduciario ritiene che siano evidenziabili differenti nomen iuris:
- *Contratto fiduciario di garanzia:* è un contratto che prescinde dal trasferimento: una parte acquista un bene e lo ritiene, l'altra potrà conseguire il bene quando verserà alla prima la somma convenuta;
 - *Contratto fiduciario programmatico:* non ha effetti traslativi, le parti variamente concorrono al compimento di un'operazione con terzi, che al termine o andrà a beneficio di uno solo o rimarrà a vantaggio di tutte le parti.
 - *Contratto fiduciario gestorio:* vi è un trasferimento di denaro dal fiduciante al fiduciario per il compimento di un'operazione a lungo termine (che l'autore definisce propria dell'ambito familiare, ma non vi è il passaggio del bene che costituisce oggetto del rapporto tra fiduciante e fiduciario).

Secondo l'A. pertanto, rispetto alla concezione comune, la differenza di questa è rinvenibile nella struttura unitaria, nell'oggetto (ovvero nell'assenza di un bene precedentemente trasferito da fiduciante al fiduciario e alle funzioni svolte).

Secondo questa ricostruzione, allora, il *contratto fiduciario di garanzia* non prevederebbe alcun negozio traslativo tra fiduciante e fiduciario. Ma sarebbe costituito da questo "vi è una parte che impiega mezzi finanziari propri d'intesa con l'altra parte ed è quindi creditrice di questa, che ne ha richiesto l'intervento. La parte che interviene acquista il bene convenuto, del quale usualmente consente all'altra il godimento, e quindi assume la veste di fiduciario, perché quel bene dovrà essere trasferito all'altra parte quando verserà la somma pattuita". Fiduciante è il debitore, che però non ha trasferito nulla al creditore e non ha subito alcuna diminuzione patrimoniale. La causa del contratto per il fiduciario è una causa di garanzia, che si colloca in una situazione ben diversa rispetto alla vendita fiduciaria.

Nel caso di *contratto fiduciario programmatico* si presuppone un rapporto dominicale che sarà in capo a un soggetto, rispetto ad un bene il cui acquisto egli ha concorso con altre parti del contratto. Sarebbe il caso in cui più persone effettuano un acquisto, ma non tutte figurano quali acquirenti, in quanto per effetto di un patto tra loro intercorso, solo una di esse si è manifestata, in qualità di acquirente, dinanzi ad un venditore. In questa fattispecie, l'A. ravvisa una vicenda *latu sensu* associativa, regolamentata dal contratto fiduciario programmatico. Viene in conto quale *proprium* di questa

Quello che però a noi preme indagare è se sia possibile rinvenire, tra le fattispecie riconducibili alle operazioni fiduciarie un tratto unificante e se questo sia rappresentato dalla causa, intendendosi la ricorrenza di un'apposita *causa fiduciae*.

Vogliamo cioè verificare se sia possibile parlare, in senso unitario, di negozio fiduciario nell'ordinamento italiano o se assistiamo invece ad un panorama disaggregato.

L'analisi parte dalla considerazione che, a differenza del modello francese, così come fuoriuscito dalla approvazione, a più riprese, della normativa sulla *fiducie*, l'Italia non conosce, allo stato degli atti una positivizzazione dei fenomeni fiduciari.

ricostruzione oltre alla presenza di un solo negozio, che anticipa la vicenda acquisitiva del bene, *la regolamentazione contrattuale della posizione dominicale del fiduciario*, che è sempre titolare di un interesse proprio e possibilmente in conflitto con quello del fiduciante o del beneficiario del programma. Quando ricorre un mandato ad acquistare, non ha autonomia causale, dal momento che è solo una componente delle pattuizioni contrattuali, le quali non sono indirizzate all'acquisto, ma alla successiva gestione e alla attribuzione, anche a distanza, del bene acquistato o dell'eventuale superfluum. Nonostante la presenza di un mandato, quello che caratterizza la ricostruzione in oggetto è *la autonomia gestionale del fiduciario*.

Il contratto fiduciario gestorio "ha per oggetto il compimento di un'attività, cosicché la consegna al fiduciario della somma di denaro è atto del fiduciante, che trova titolo nel contratto stesso, dal quale parimenti nasce l'obbligazione del fiduciario". Il passaggio di denaro avrebbe la medesima funzione della provvista nel mandato. Elementi differenziali sarebbero questi: a) *il denaro in questione non rimane presso il fiduciario, ma tipicamente viene da questo immediatamente impiegato nell'acquisto di un bene*; b) *il rapporto fra il fiduciario e il bene dura nel tempo*.

Interessante ai nostri fini, è la seguente sottolineatura dell'A. "la fiducia che costituisce il substrato pregiudiziale del contratto in parola è precisamente anche il substrato della sua durata, nel senso che si affida al fiduciario un progetto a lunga scadenza e spesso lo si fa senza neanche porre alcunchè per iscritto. La fiducia è certamente fiducia nella probità e nella lealtà della controparte, che tuttavia è partecipe di un programma." Proprio il coefficiente fiduciario, nella sua dimensione di durata costituirebbe la differenza con il mandato senza rappresentanza, il cui acquisto costituisce il momento conclusivo dell'operazione, mentre nel caso del contratto fiduciario programmatico altro non è che una delle fasi dell'intero rapporto, solitamente la prima.

Questo passaggio è, altresì, prodromico alla soluzione di due ulteriori quesiti.

E' possibile parlare di una *causa unitaria intesa come causa fiduciaria*, che costituisca il formante del negozio fiduciario unitariamente inteso o sia il tratto unificante di tutte le fattispecie fiduciarie legali o riconducibili a quel processo di *rezezione moribus*, che, convenzionalmente, abbiamo visto campeggiare negli ordinamenti continentali e in modo particolare in casi come quello del negozio fiduciario (esendovi un deficit di normazione delle fattispecie in uso nella prassi).

In secondo luogo, sulla scorta di preziose intuizioni della dottrina, dobbiamo verificare, in che modo la nozione di *fiducia tecnica* operi, in punto di disciplina delle singole fattispecie. Dobbiamo, cioè, verificare se, nell'ordinamento italiano, *la fiducia tecnica svolga sia una funzione di disciplina* (nel senso che sottopone ad un particolare regime quelle operazioni o quelle fattispecie, che sono connotate da elementi fiduciari) e *al tempo stesso svolga una funzione normativa*, costituendo il contenuto di precetti e di coefficienti di responsabilità, che sorgono in capo ai contraenti, per il solo fatto di assumere il ruolo di fiduciante e fiduciario.

L'argomento in dottrina pare infatti essere controverso.

Partiamo pertanto da un profilo descrittivo.

Una delle prime impostazioni della dottrina ha ravvisato nel negozio fiduciario una struttura duplice: ad un negozio traslativo si accompagna un patto correttivo, con la funzione di correggere o demolire il titolo precedente. *Il pactum fiduciae si porrebbe, pertanto, come patto, la cui valenza è quella di dare il corso al programma negoziale, sino ad annullare il negozio attributivo.*

Ciò avviene facendo sì che il fiduciante trasferisca al fiduciario la proprietà della cosa o diritto, imponendogli però il vincolo obbligatorio di ritrasferire

in futuro il diritto o di trasferirlo ad un terzo o di farne comunque un uso determinato³⁴⁵

Un contratto che ha l'effetto di trasferire la proprietà, viene accompagnato da un patto con cui si impone all'acquirente di conservare il bene, per restituirlo all'alienante o ad altra persona³⁴⁶.

³⁴⁵ Senza tornare su concetti già espressi, in sede di nozione di fiducia tecnica, il prototipo di questa costruzione è rappresentato dal modello di fiducia romanistica.

³⁴⁶ Il modello attributivo è forgiato, pertanto, sulla recezione della fiducia romanistica, come modello di impianto.

Due sono i casi tradizionalmente ricondotti all'istituto:

1. *fiducia cum amico*.
2. *fiducia cum creditore*.

In relazione al caso *sub 1*) si pensi a Tizio che, allo scopo di apparire meno facoltoso di quanto realmente sia, si accordi con l'amico Caio allo scopo di intestare a costui parte delle quote e delle azioni di alcune società. Oppure si faccia l'esempio di Sempronio che, per evitare l'aggressione dei beni da parte dei creditori, intesti all'amico Filano un appartamento, ovvero ancora a Primo che, vantando un credito nei confronti di Secondo, ceda il credito a Terzo allo scopo di non voler per vari motivi apparire come colui che esca il debitore.

Quale esempio del caso *sub 2*) si era soliti citare il caso del debitore che si accorda con il creditore, trasferendo la proprietà di un bene con l'intesa (interna) che, quando il debito fosse stato estinto, il diritto gli sarebbe stato retrocesso (Cass. Civ. Sez. II, 3843). Esiste nella fattispecie un' autonoma problematica, afferente alla violazione del divieto del patto commissorio *ex art. 2744 cod.civ.*, che conduce ad una valutazione in termini di nullità dell'atto di trasferimento della proprietà per illiceità della causa (Cass. Civ. Sez. Unite, 1611/89). Vi è altresì anche l'ipotesi in cui un soggetto, fiduciante, giri un titolo cambiario ad un fiduciario non già quale pagamento, bensì in forza di una convenzione intesa a costituire una garanzia rispetto alla somma in contanti corrisposta a titolo di mutuo al fiduciante da parte del fiduciario stesso (Cass. Civ. Sez. I, 1097/99).

In tutte queste ipotesi le convenzioni vengono poste in essere con un fine pratico differente, rispetto a quello che è insito nella struttura causale del negozio utilizzato. Questo fine pratico viene raggiunto per il tramite di una pattuizione accessoria di natura obbligatoria i cui effetti sono limitati alle parti del fenomeno fiduciario. L'intestazione fiduciaria (intesa come vendita dal fiduciante al fiduciario ovvero come acquisto di quanto alienato da un terzo al fiduciario, sia pure con provvista erogata dal fiduciante), la cessione del credito sono realmente volute e pienamente efficaci (e ciò segna la differenza rispetto al negozio simulato, nel quale invece le parti in realtà non vogliono la produzione degli effetti). Il patto di natura obbligatoria vale tuttavia a piegare gli effetti della convenzione nell'esclusivo interesse del fiduciante. Così, negli esempi effettuati, Caio si obbliga nei confronti di Tizio ad utilizzare i beni (le quote di società, gli immobili etc.) in

Sotto il profilo descrittivo, possono ravvisarsi diverse teorie, che hanno cercato di delineare sia sul piano genetico e che funzionale l'operatività del negozio fiduciario, congegnato sulla base di questa struttura.

L'impostazione originaria del negozio fiduciario risale al Ferrara, che individua il negozio fiduciario nella combinazione di due negozi, uno definibile contratto reale positivo, che comporta il trasferimento della proprietà o del credito in modo perfetto e irrevocabile, l'altro il contratto obbligatorio negativo, che ha per contenuto l'obbligo del fiduciario di fare solo un uso determinato dell'oggetto trasferito, per poi restituirlo al trasferente o ad un terzo.³⁴⁷ Da questa impostazione deriva quella del *pactum fiducia* e alla stregua di un patto correttivo contrario, il cui effetto dirompente è ravvisabile dall'annullamento del titolo formatosi attraverso il negozio attributivo e determinando il ritrasferimento del bene.³⁴⁸

Se si indaga il profilo motivazionale delle parti, in ragione dello scopo, si può operare una distinzione tra fiducie egoistiche ed altruistiche³⁴⁹.

un determinato modo ed a disporre conformemente alle istruzioni del fiduciante; Terzo si impegna a versare a Primo quanto ricavato dall'escussione del debitore Secondo. Come già riferito, *inter partes* l'efficacia del patto fiduciario è piena e implica sia l'eventuale responsabilità del fiduciario per inadempimento delle obbligazioni ne scaturiscono (si pensi alla vendita non autorizzata del bene trasferito fiduciariamente effettuata dal fiduciario ad un terzo: Cass. Civ. Sez. I, 17334/08), *sia la possibilità per il fiduciante di ricorrere, qualora ne sussistano i presupposti, al giudice onde ottenere una pronuncia costitutiva intesa a sostituire l'inerzia del fiduciario ex art. 2932 cod.civ.* (Cass. Civ., Sez. III, 10633/2014; Cass. Civ. Sez. I, 156/75). Nè, ai fini di ottenere l'adempimento, il fiduciante è tenuto ad effettuare una specifica richiesta al fiduciario, il quale è privo della legittimazione sostanziale a disporre del bene: cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23728/11.

³⁴⁷ Nota L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit. p.197, che questa ricostruzione è essenzialmente in linea con quella di diritto romano, che annoverava la fiducia tra i contratti reali. In questo modo, verrebbe in conto, più che l'effetto reale del trasferimento del bene, quale modo di creazione e titolo di acquisto della proprietà fiduciaria, il carattere di contratto che si perfeziona attraverso la *datio rei*.

³⁴⁸ Come abbiamo già osservato supra, questo è stato anche il profilo che ha determinato la dottrina a ravvisare una contiguità strutturale, su base empirica, tra le fattispecie fiduciarie e quelle simulatorie, individuando nel *pactum fiduciae* come nell'intesa simulatoria un'efficacia disgregante e disarticolante del titolo. Per tutti A. GENTILI, *Simulazione*, cit.

³⁴⁹ MESSINA, cit. p. 17 si tratta di una distinzione praticabile in ragione dello scopo perseguito a mezzo del negozio fiduciario. La fiducia è egoistica, se mira al soddisfacimento del solo fiduciario, mentre invece è altruistica, se mira al soddisfacimento

Questa distinzione alla luce della Cassazione che si è pronunciata, in tema di *causa concreta*, assume, a nostro avviso, un ruolo recessivo, dal momento che il profilo motivazionale, qui invocato non si esaurisce nel motivo contrattuale, ma deborda, afferendo direttamente alla causa del negozio, attraverso la coloritura fiduciaria, presente nell'intento delle parti.

Qualora si accolga il *rilievo autonomo della causa fiduciaria*, l'aspetto motivazionale si risolve integralmente nella causa dell'operazione o del programma.

La sequenza di atti, attraverso cui si svolge l'operazione fiduciaria, stimola a ravvisare una possibile riconducibilità delle fattispecie considerate, al c.d. negozio indiretto.

Parte della dottrina, infatti, riporta il negozio fiduciario alla dinamica del negozio indiretto, considerando la combinazione tra negozio traslativo della proprietà di un bene e *pactum fiduciae*, non semplicemente come negozio principale e patto accessorio, bensì quale patto correttivo, idoneo a determinare una composizione di interessi, inserita in un contesto composito, in cui il risultato viene ottenuto indirettamente. Secondo questa ricostruzione la fiducia costituisce una delle applicazioni più importanti del negozio indiretto. Mediante il negozio fiduciario un soggetto (fiduciante) investe un altro soggetto (fiduciario) della proprietà di un bene, di altro diritto reale, ovvero di una ulteriore situazione giuridica soggettiva di vantaggio. Tale titolarità (piena per quanto riguarda i terzi) è tuttavia destinata ad essere circoscritta, nell'ambito dei rapporti tra le parti, da pattuizioni di carattere obbligatorio (c.d. *pactum fiduciae*) (Cass. Civ. Sez. I, 2159/80) .

Come variante costruttiva (nel senso che si tratta di un contributo additivo, rispetto all'impostazione precedente, considerata come ipotesi base), può

del fiduciante, insieme a quello del fiduciario. Secondo l'A. in commento, sono ascrivibili alla fiducia egoistica la girata cambiaria piena per l'incasso, e la cessione all'incasso e le ipotesi ascrivibili alla fiducia cum amico, mentre la fiducia a scopo di garanzia si collocherebbe nelle fiducie altruistiche, sul punto anche SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit.p.198.

altresì essere considerata la tesi, secondo cui la fattispecie in oggetto sarebbe espressione di un *collegamento negoziale* tra un negozio dispositivo, attributivo al fiduciario di una situazione "reale" ed un mandato senza rappresentanza, produttivo di effetti di natura obbligatoria, interni tra le parti (Cass. Civ. Sez. I, 10590/09). E' evidente la fondamentale importanza che il fiduciario si comporti secondo gli accordi assunti con il fiduciante: qualora Tizio, al quale fosse stato fiduciariamente trasferito un immobile, lo alienasse a terzi in spregio alle istruzioni ricevute dal fiduciante, non rimarrebbe a quest'ultimo altro rimedio diverso dal risarcimento dei danni, derivante dall'inadempimento del *pactum fiduciae*. Sarebbe, infatti, esclusa la praticabilità di qualsiasi azione intesa a recuperare il bene presso il terzo. *Corollario di questa impostazione è l'esclusione della rilevanza esterna del pactum fiduciae.*

Alla luce di queste considerazioni, si dovrebbe ritenere che la dottrina e la giurisprudenza considerate propendono per non attribuire una autonoma rilevanza esterna alla *causa fiduciae* (e di conseguenza anche al *pactum fiduciae*).

Bisogna, però, definire sia il concetto di rilevanza esterna, sia le conseguenze della sua esclusione.

Per *rilevanza esterna* intendiamo l' idoneità del *pactum fiduciae* ad integrare un assetto di interessi palese ai terzi e dall'altro canto, l' idoneità di questo a fungere da strumento, che abbia una sua rilevanza intrinseca, a prescindere dalla cifra correttiva del patto.

In altre parole, per avere rilevanza esterna il *pactum* deve essere non solo un coefficiente di correzione dell'atto traslativo, ma altresì deve consentire che in caso di violazione, la parte interessata al rispetto possa ottenerne un' esecuzione coattiva nei confronti di quella recalcitranti.

Il patto deve presentare un contenuto non semplicemente correttivo o emendativo del precedente assetto di interessi, ma deve svolgere una *funzione*, che abbiamo detto di *disciplina e normativa*. Solo in questo modo

può fondare il programma negoziale e vedremo in che misura svolgere una funzione unificante delle singole fattispecie.³⁵⁰

E' opinione diffusa che sia il fiduciante ad avere il primario interesse a rientrare nella titolarità del bene trasferito al fiduciario, invocando l'effettività del pactum.

Tuttavia come abbiamo supra osservato, nel caso della convenzione di *portage*, che costituisce il prototipo della fiducia operativa e che, ai fini della nostra indagine, permette di analizzare comparativamente la fiducia mancipatoria nell'ordinamento italiano e in quello francese vi è un concorrente e pregnante interesse del fiduciario, titolare, nel caso di specie, di un pacchetto azionario, di liberarsi, specie se le azioni hanno subito un deprezzamento e obbligare il fiduciante ad onorare gli impegni di riacquisto.

La rilevanza esterna della *causa fiduciae* dischiude la tematica dell'intersezione con il contratto simulato e con la proprietà simulata di cui si è dato conto nel paragrafo sulla fiducia tecnica, in sede di comparazione con la proprietà fiduciaria e la fiducia francese.

In questa sede preme solo sottolineare che:

Anche questa ricostruzione, attesi gli indubbi rilievi descrittivi di alcune fattispecie non è sussumibile, come chiave interpretativa generale del negozio fiduciario.³⁵¹

³⁵⁰ In questo riteniamo di dover accogliere l'elaborazione di LUPOI, cit p. Di ci si è fatto riferimento nella nota anche se per il momento ci permettiamo di considerarla un indice referenziale generale delle fattispecie fiduciarie e non di un singolo modo di atteggiarsi d alcune tipologie di negozi fiduciari o di contratto fiduciari secondo lo l'espressione impiegata dall'A.

³⁵¹ F. REGELSBERGER, *Zwei Beltrame zir Lehre von der Cession*, in *Archiv. Civi.Prax.*, 1880, p.173. Secondo questa costruzione, si evidenzia uno dei punti di torsione del negozio fiduciario, ovvero la creazione in capo al fiduciario di una potestà di abuso, intesa come potestà di servirsi del diritto, oltre gli scopi pattuiti dal *pactum fiduciae* (così SANTORO, *Il negozio fiduciario* cit. p.198), ma conformemente al contenuto e alla disciplina del diritto trasferito. Il negozio fiduciario sarebbe pertanto posto in essere oltre l'intenzione delle parti, superando l'intento pratico, e predisponendo virtualmente una situazione, tale per cui vi siano più conseguenze giuridiche, per ottenere un fine determinato.

Si dice anche sinteticamente che, nella fiducia, v'è un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, nel senso che il risultato giuridico ottenuto mediante la conclusione del contratto eccede il reale intento delle parti, intento che viene perseguito tramite pattuizioni di natura obbligatoria che, per così dire, "restringono" gli effetti dell'atto compiuto.

Anche secondo questa impostazione non viene abbandonata una concezione dualistica del negozio fiduciario, rimanendo sempre in campo il negozio attributivo e il patto correttivo ed evitando di dare invece una soluzione interpretativa a quelle fattispecie, anch'esse fiduciarie, ma non riconducibili al modello attributivo.

Sul piano funzionale la soluzione della rilevanza esterna della causa fiduciae assolverebbe anche il compito di individuare il fondamento dei c.d. obblighi di protezione.

A questo riguardo, come vedremo per il contratto di *fiducie*, parte della dottrina ha individuato l'essenza normativa di un obbligo protettivo in favore dei terzi.

Come abbiamo già avuto modo di accennare, partendo da una nozione estensiva delle *obligation de securitè* in Francia, la struttura normativa del contratto di *fiducie* consente di concepire la *fiducie* come fonte di obblighi di protezione reciproci del fiduciante e del fiduciario, nella gestione dei

In dottrina ,questa ricostruzione ha dato altresì ingresso a tutte le opzioni ermeneutiche, già in parte scrutinate, che hanno ravvisato una intersezione tra il negozio fiduciario e il negozio simulato, sulla base del referente empirico comune, rappresentato dall'apparenza.

In realtà, come abbiamo avuto modo di segnalare supra, la situazione appare essere più complessa, in quanto sebbene il dato empirico dell'apparenza (nel senso che le parti pongono in essere un assetto negoziale apparente, che costituisce uno *schermo* per attivare o un negozio simulato, sub specie di simulazione relativa, o un negozio fiduciario) sia un trait d'union tra il negozio fiduciario e il negozio simulato, proprio per l'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, tuttavia nell'ambito del negozio fiduciario la situazione di apparenza è funzionalizzata non solo allo scopo, ma a quel fisiologico coefficiente di riservatezza, che è canone informativo dell'operazione.

Resta bene inteso che la riservatezza, altro non è che il precipitato di affidamento e di contegno affidato, che costituisce il presupposto di qualsiasi, operazione fiduciaria e il sostrato empirico del *pactum fiduciae*.

rispettivi rapporti. A questo si aggiunge, anche, la possibilità di estendere in alcune fattispecie l'operatività dell'obbligo di protezione, che investirebbe anche il beneficiario, ma su questo passaggio torneremo nel prosieguo.

La dottrina italiana, specie nel contesto dell'intestazione di beni, ha ravvisato la sussistenza di obblighi di protezione. Ovviamente tali obblighi possono, a nostro avviso, trovare fondamento solo qualora venga recuperata una prospettiva unitaria del negozio fiduciario, e qualora in qualche modo, che poi approfondiremo, si ritenga di conferire un'efficacia esterna alla causa fiduciae (preferiamo parlare di rilevanza esterna della causa fiduciae non del pactum fiduciae, come fa parte della dottrina, proprio perché in questo studio riteniamo di poter addivenire all'individuazione di una causa fiduciae autonoma).

Proprio perché la posizione dei contraenti è destinataria di obblighi di protezione, non può sottacersi la considerazione preminente del fiduciante, che dà inizio al programma negoziale, anche se poi è destinato a non essere più dominus nella fase esecutiva, attesa la autonomia gestionale del fiduciario.

Deve ritenersi che il relativo diritto del fiduciante sia soggetto al termine prescrizione ordinario decennale, decorrente dal giorno della violazione degli accordi (es.: dal giorno in cui il fiduciario non abbia ottemperato alla richiesta del fiduciante di eseguire il trasferimento del bene: Cass. Civ. Sez. I, 14375/01); dal giorno della vendita ad un terzo del bene intestato fiduciariamente: Cass. Civ. Sez. I, 17334/08).

2) LA COERCIBILITA' ED EFFETTIVITA' DEL PACTUM:LA FORMA

Si discute circa la forma che deve essere rivestita dal patto fiduciario. Secondo l'interpretazione prevalente esso non richiederebbe particolari formalismi, ad eccezione del caso in cui si riferisse al trasferimento di beni immobili ex artt. 1350 e 1351 cod.civ.: eventualità in cui dovrebbe rivestire indispensabilmente la forma scritta (Cass. Civ., Sez.II, 8001/11; Cass. Civ.

Sez. II, 1086/95; Cass. Civ. Sez. II, 5663/88). Il problema si pone quando il patto prevede il trasferimento di beni immobili.

L'argomento di fondo è costituito dal fatto che, ogniqualvolta il patto preveda l'obbligazione di trasferire beni immobili, non può non essere considerato alla stregua di un contratto preliminare, con tutto quanto ne segue a livello di prescrizioni formali. In tema di intestazione fiduciaria di partecipazioni ad una società di capitali, è stato deciso nel senso della non indispensabilità dell'atto pubblico (Cass. Civ., Sez.I, 4184/2013). In effetti, l'atto rispetto al quale il patto fiduciario costituisce impegno preliminare non è la costituzione della società (che deve intervenire a pena di nullità per atto pubblico), bensì la mera cessione della partecipazione sociale.

Chi sostiene l'irrilevanza esterna della fiducia ed a conferma di essa segnala che viene negata la trascrivibilità del *pactum fiduciae*, *ex se* inidoneo ad essere opposto ai terzi (Cass. Civ. Sez. II, 11025/91).

La rilevanza esterna della fiducia si riflette sulla situazione dominicale del fiduciario.

Si disputa, infatti, se il fiduciario possa definirsi a tutti gli effetti proprietario, titolare dei beni di cui è investito (c.d. fiducia romanistica), ovvero se egli debba considerarsi solamente dotato di una legittimazione, in ordine a determinate condotte aventi una valenza giuridica, dovendo la titolarità dei diritti essere piuttosto ricondotta in capo al fiduciante (c.d. fiducia germanistica).

Rinviamo per lo scrutinio della problematica al paragrafo relativo alla fiducia tecnica di cui supra.

Non può essere svolta una considerazione unitaria, attesa l'eterogeneità di fattispecie come quella della fiducia romanistica e della fiducia germanistica.

Alcuni ritengono che non si possa accogliere una tesi composita, in base alla quale il fenomeno possa essere ricondotto alla prima costruzione, quando ha ad oggetto beni immobili ed alla seconda, quando abbia invece ad oggetto

altri diritti quali quote sociali e valori mobiliari. Appare difficile ridurre il fenomeno fiduciario ad un semplice discorso di legittimazione: esteriormente il fiduciario non può non essere considerato come il reale ed effettivo titolare delle situazioni soggettive di cui è di cui è investito dal fiduciante (fiducia dinamica) o che si trova a gestire essendo già titolare, eventualmente per averle acquisite da terzi (fiducia statica) (Cass. Civ. Sez. II, 11025/91; Cass. Civ. Sez. II, 4438/82). La distinzione tra fiducia dinamica e fiducia statica si appunta sulla necessità o meno che, allo scopo di perseguire il disegno che si prefigge il fiduciante, occorra effettuare un trasferimento di diritti al fiduciario .

3)LA POSITIVIZZAZIONE DELLA FIDUCIA E LA LIMITAZIONE CONVENZIONALE DEGLI EFFETTI DEL NEGOZIO DI INVESTITURA REALE.

La fiducia non è disciplinata dal codice civile (se si eccettua il caso di cui all'art. 627 cod.civ.: c.d. fiducia testamentaria).

Si ritiene, tuttavia, che la limitazione convenzionale degli effetti del negozio di investitura reale del fiduciario sia ammissibile, in omaggio al principio generale dell'autonomia negoziale (art 1322 cod.civ.), limitatamente agli effetti interni ed a condizione che siano osservate le ulteriori regole poste dall'ordinamento in materia di causa illecita (Cass. Civ. Sez. I, 7152/83), di negozio in frode alla legge, di motivo illecito comune ai contraenti (Cass. Civ. Sez. II, 12830/92) (artt. 1343, 1344 e 1345 cod.civ.). Un nuovo imput normativo si è avuto per effetto della disciplina del mercato mobiliare, con riferimento all'attività di gestione fiduciaria esercitata da apposite società (per l'appunto denominate "fiduciarie") in forza della legislazione speciale (cfr. Legge 23 novembre 1939, n. 1966). Si tratta di enti che svolgono professionalmente l'attività di amministrazione e di cura di compendi patrimoniali (per lo più azioni o quote di società di capitali) per conto di fiducianti. In queste ipotesi, la condotta del fiduciario è ispirata eminentemente alla corretta amministrazione dei beni dei quali è stato investito, attività ben diversa rispetto a quella di una gestione speculativa

ispirata a quello che si definisce trading, consistente nella continua operatività di vendita e di acquisto di valori mobiliari (cfr. art. 20 del D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, ora abrogato dall'art. 214 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). E' stato deciso che, in relazione alla gestione dei beni affidati alla società fiduciaria ex art.1 della Legge 23 novembre 1939, n. 1966 il fiduciante consegue l'effetto della separazione degli stessi rispetto a quelli di cui la prima sia effettivamente titolare, potendo addirittura disporre senza che vi sia bisogno di alcun formale atto di ritrasferimento. Ciò a differenza di quanto si possa riferire in relazione al trasferimento fiduciario effettuato in favore di mera persona fisica, come tale al di fuori della previsione della legislazione speciale (Tribunale di Milano, 3 ottobre 2006) . E' stato deciso al riguardo che l'intestazione a società fiduciaria di partecipazioni sociali non comporti alcun trasferimento (Tribunale Lecce, 18 marzo 2008). Il ragionamento è proseguito nel senso che la rinuncia al mandato enunziata dalla società fiduciaria, non comporterebbe, analogamente, la cessione delle quote. In ogni caso detta rinuncia sarebbe soggetta al deposito di cui al I comma dell'art.2470 code. Civ.³⁵²

³⁵²L'analisi giuridica che ha cercato di dare una spiegazione al fenomeno dell'intestazione dei beni ha frequentemente individuato un procedimento mirante a dare luogo a una liberalità donativa. Secondo parte della dottrina (LUPOI, cit, p.94) si ritiene che gli stidi m sul tema abbiamo peccato, nel senso di non approfondire le intestazioni fiduciarie, cercando di ricollegare le intestazioni di beni sotto il generico sospetto della frode (così A. VALENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui*, Milano, 1958).

L'intestatario, permanendo nella proprietà dell'immobile ha diritto ad essere tenuto indenne da qualsiasi conseguenza tributaria sia nel corso del rapporto che successivamente.

Il rinvio del momento di adempimento della sua obbligazione di trasferire all'intestante è stato convenuto solo nell'interesse dell'intestante e quindi non può produrre conseguenze patrimoniali a carico dell'intestatario.

Si apprezza una variazione rispetto all'ordinario schema del mandato di acquisto senza rappresentanza. Vi è un ampliamento del meccanismo di tutela del mandatario disposto dall'art.1720 comma 2: l'intestante non deve risarcire i danni subiti dell'intestatario, deve evitare piuttosto che i danni si producano.

Da quella previsione emerge un'obbligazione di protezione dell'intestante nei confronti dell'intestatario. Essa si esplica, curando l'esecuzione di ogni adempimento tributario gravante sull'intestatario, per esempio le imposte sulla casa e il pagamento dei contributi consortili, come ogni altro adempimento derivante dalla posizione di proprietario dell'immobile.

In tutte queste circostanze, secondo F. VENOSTA, *Profili di disciplina dei doveri di protezione*, cit. p.839-859, l'intestante è tenuto ad obbligazioni che non sono connesse ad

4)(segue) LE FATTISPECIE FIDUCIARIE E IL NEGOZIO INDIRETTO.

Con negozio indiretto si indica quella creazione dottrinale che descrive l'ipotesi di utilizzo di una fattispecie negoziale, per il perseguimento di un risultato non corrispondente alla causa tipica di esso. Devono pertanto essere impiegati degli espedienti che individuano percorsi alternativi per il raggiungimento del risultato programmato. Ciò è possibile, a volte mediante l'apposizione di speciali clausole o patti accessori, altre volte in combinazione con ulteriori atti (al di fuori dell'ipotesi limite del negozio in frodi alla legge). In questi casi, viene in conto il negozio indiretto o, più

alcuna prestazione alla cui esecuzione egli si sia obbligato in forza del contratto. Esse sono pertanto inerenti al rapporto contrattuale, strutturato interamente a suo vantaggio. Al tempo stesso l'intestatario è tenuto a cooperare e quindi a sottoscrivere le dichiarazioni tributarie predisposte dall'intestante.

A fronte di conseguenze negative, l'intestatario si attiva affinché cessi la propria posizione proprietaria e il bene pervenga all'intestante (salvo il risarcimento del danno che l'intestatario abbia nel frattempo subito).

Sebbene competa all'intestante decidere quando l'obbligazione di trasferimento deve essere adempiuta, l'intestatario non può avere interesse a liberarsi da tale sua residua obbligazione. In mancanza di patto contrario, egli può offrire il trasferimento all'intestante, metterlo in mora se opportuno, agire in giudizio per ottenere la pronuncia della sentenza ex art.2392 c.c..

L'intestatario ha diritto di far cessare la propria posizione di intestatario e quindi l'intestante è invitato ad accettare il trasferimento del bene e anche in questa circostanza a tenere indenne l'intestatario delle conseguenze tributarie.

Il contratto di prestanome, nonostante presenti delle analogie con il contratto di intestazione, se ne differenzia, per quanto attiene alle reciproche posizioni delle parti dopo l'acquisizione della posizione soggettiva: le parti convengono che il prestanome non si atteggi quale proprietario dormiente, ma si avvalga della propria posizione dominicale, secondo le istruzioni che di volta in volta gli fornirà l'intestante, incluse quelle relative al finale ritrasferimento del bene.

Il contratto di prestanome prevede che il prestanome compia atti di gestione e in genere si attenga verso i terzi quale vero proprietario del bene.

Nel compimento di negozi dispositivo o gestionali, il prestanome è tenuto a seguire le direttive dell'intestante. Per effetto dell'obbligazione di protezione su questi gravante non può sottrarsi offrendosi di ritrasferire il bene all'intestante o avvalendosi di un'azione di esecuzione in forma specifica. Non conserva peraltro alcun margine di discrezionalità.

Nel contratto di prestanome vi è l'obbligo dell'intestatario di trasferire l'immobile al terzo, se richiesto dall'intestante (così testualmente sulla differenza tra intestazione fiduciaria e contratto di prestanome, LUPOI, cit.p.93ss.).

spesso, il procedimento indiretto, vale a dire la connessione tra più atti avvinti da un collegamento negoziale³⁵³.

In questo senso, viene evidenziato il profilo dell'eccedenza dello scopo rispetto al mezzo: la finalità pratica perseguita dai contraenti va al di là della causa tipica dell'atto.

Si possono portare come esempi: il caso di colui che, avendo stipulato un contratto preliminare di vendita immobiliare, volendo collocare il bene presso un nuovo acquirente, richieda al promittente alienante non già di addivenire alla stipulazione di un contratto traslativo della proprietà dell'immobile, bensì di perfezionare una procura o un mandato irrevocabile a vendere con facoltà per il procuratore, ex artt. 1395 , 1735 cod.civ. di rendersi eventualmente acquirente egli medesimo, escludendo preventivamente ogni conflitto di interessi. Si tratta di una fattispecie indiretta, palesemente volta a eludere il fisco, evitando cioè il duplice esborso delle imposte connesse al trasferimento della proprietà. (Tribunale di Genova, 13-02-1996).

Tale ricostruzione pare essere recessiva in dottrina, evidenziandosi che il risultato conseguibile tramite il negozio fiduciario non è sempre forzosamente riconducibile ad un assetto negoziale indiretto, potendo essere conseguito anche in via immediata e diretta³⁵⁴.

La stessa dottrina tradizionale in passato aveva segnalato che la riconduzione del fenomeno fiduciario all'interno degli steccati del negozio

³⁵³ Secondo SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit. p.201 è la rilevanza dell'atto di trasferimento della proprietà, da un lato e degli scopi di gestione o di garanzia dall'altro, la collocazione del negozio fiduciario nella categoria dei negozi indiretti. Secondo l'A. Constat inter omnes che il proprium del negozio fiduciario sia l'effetto reale dell'atto e la forma indiretta del procedimento, che con soluzioni "traverse" mira al conseguimento di scopi economici non direttamente raggiungibili. FERRARA, cit. p .86 segnala altresì la contiguità del negozio indiretto con quello in frode alla legge, spingendosi ad identificare il discrimen tra gli uni e gli altri nella circostanza, che i negozi fiduciari perseguono uno scopo economico fuori della legge, quelli fraudolenti cercano di conseguire un risultato economico contro la legge.

³⁵⁴ Così SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit p.202ss, critica sulla dogmatica tradizionale.

indiretto avrebbe comportato la necessaria scissione tra il piano economico degli interessi perseguiti e il piano giuridico degli effetti direttamente prodotti. Tale scissione è altresì sintomatica dell'articolazione dell'operazione fiduciaria in due contratti uno obbligatorio e uno ad effetti reali, di cui il primo costituisce un negozio accessorio rispetto a quello principale traslativo³⁵⁵ (il *pactum fiduciae* viene infatti vissuto come un patto correttivo degli effetti, e da qui si desume il deficit di rilevanza esterna della *causa fiduciae*).

Chi³⁵⁶ propende invece per la scissione dell'operazione in due negozi sostiene, seguendo la stessa impostazione della dottrina tedesca (Goltz e Schony), che sono ravvisabili due negozi economicamente connessi, ma giuridicamente distinti. Il piano giuridico e quello economico vanno pertanto giuridicamente distinti. L'autore riconduce quindi il negozio fiduciario ai negozi indiretti, anche se, a differenza del FERRARA, esclude completamente questi ultimi dai negozi fraudolenti, sulla base della considerazione che non si può sostenere che, in tutti negozi fraudolenti, sia ravvisabile un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo, che invece viene considerata cifra distintiva dei negozi fiduciari.

Nel senso invece dell'unicità del negozio³⁵⁷ vi è chi sostiene che gli effetti reali del negozio non sono solo seriamente voluti dalle parti, ma rispondono anche al loro intento economico.

La qualificazione del negozio di trasferimento come negozio astratto è stata suggerita dalla dottrina, per superare l'ostacolo costituito dall'asserito principio di tipicità delle cause di trasferimento dei diritti reali. Si sostiene,

³⁵⁵ Sul punto CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari e i negozi di fiducia*, cit.p.26ss.

³⁵⁶ CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari e i negozi di fiducia*, cit.p.26ss. L'A. ha altresì analizzato l'atto di trasferimento, affermando che la causa *fiduciae* che è lo scopo di mandato, non isolatamente considerato, ma in quanto ratio del trasferimento rimane un elemento estraneo al negozio che per essa ha luogo. L'. A nel *Il negozio giuridico nel diritto provato italiano*, Napoli, ritiene astratto il trasferimento della titolarità reale e conclude per l'inammissibilità nel nostro ordinamento del negozio fiduciario.

³⁵⁷ T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali. Prolusione* (1930) p.11ss.

pertanto, che un'alienazione a scopo di garanzia, con obbligo di ritrasferimento sia concepibile soltanto, in presenza di un negozio astratto di trasferimento, di modo che esso produca gli effetti reali, anche in difetto di una causa idonea al trasferimento del dominio.³⁵⁸

La tematica del negozio indiretto si interseca con quella delle alienazioni in garanzia.

Anteriormente al manifestarsi dell'opinione, secondo la quale la alienazione connotata dallo scopo di garanzia è in ogni caso nulla, per contrarietà al divieto di cui all'art. 2744 cod.civ., si riteneva che essa costituisse un negozio indiretto valido ogniqualvolta la vendita fosse vera, reale, immediatamente efficace ed il creditore fosse unicamente obbligato al ritrasferimento del bene in capo al debitore alienante una volta che costui avesse rimborsato il prestito (Cass. Civ. Sez. III, 2795/84).

L'alienazione in garanzia altro non è se non la fruizione dello schema causale della vendita, nel quale i contraenti perseguono in concreto un comune intento che consiste nella costituzione di una garanzia reale. La causa della vendita viene piegata ad uno scopo pratico (=causa in concreto) divergente rispetto a quello in astratto assegnato al tipo negoziale.

Altro caso di ricorrenza di negozio indiretto può essere quello di colui che, desiderando creare artificialmente una separazione del proprio patrimonio, per rendere parte dei propri beni insensibile alle eventuali azioni dei creditori, costituisca una o più società di capitali (si rammenti che è possibile, ai sensi degli artt. 2328 e 2463 cod.civ. costituire una s.p.a. o una s.r.l. anche unipersonale e, in esito all'introduzione della figura della s.r.l.

³⁵⁸ G. SEGRE, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel cos di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Anna. Di dir. Comp. col. II-III* p.834. In senso adesivo *CARIOTA FERRARA, I negozi fiduciari*, cit.p.105s. silo punto l'A. secondo il quale se si ammettere un negozio astratto d trasferimento, dunque un negozio che prescinde, nella sua struttura dalla causa, si configurerebbe una causa giustificatrice dell'acquisto, perché la causa rimarrebbe al di fuori del negozio, perderebbe la sua funzione di anima, di suo elemento determinante ed invece rappresenterebbe soltanto la ragione giustificatrice degli effetti.

semplificata, pure con un capitale sociale assolutamente risibile).

In queste fattispecie, pertanto, l'attributo "indiretto" non afferisce agli effetti di ciascun atto negoziale, bensì alla funzione pratica, che non corrisponde a quella causale tipica della fattispecie contrattuale impiegata.

Parte della dottrina, si esprime nel senso che si tratta di un'aberrazione causale, di una mancanza di corrispondenza tra causa in astratto e causa in concreto.

In punto di disciplina, secondo il Supremo Collegio, pur quando le parti abbiano adoperato uno schema negoziale non corrispondente alla causa in concreto perseguita, la disciplina della fattispecie è, per quanto attiene agli aspetti dell'elemento causale, afferente al tipo negoziale la cui causa può dirsi corrispondente al risultato realmente perseguito dalle parti. Per tutti gli altri aspetti, quali l'elemento formale, gli elementi costitutivi, occorre invece fare riferimento allo schema negoziale adoperato (Cass. Civ. Sez. I, 6650/84).

A questa stregua, la cifra qualificante del negozio indiretto sarebbe una *deviazione causale* che può indurre un giudizio di invalidità, tutte le volte in cui la causa in concreto possa dirsi illecita o il negozio comunque in frode alla legge.

Ritornando in medias res, la dottrina che si è occupata di ravvisare un punto di intersezione tra il negozio fiduciario e il negozio indiretto si è espressa nel senso di ritenere che una specie particolare di negozio indiretto può essere considerato il negozio o il procedimento fiduciario.

Grassetti³⁵⁹ è stato il primo in dottrina a porsi il problema di rinvenire i tratti unificanti delle fattispecie fiduciarie, individuando una nozione unitaria di negozio fiduciario.

³⁵⁹ GRASSETTI, cit.p.378

A questo fine, ha proposto l'unità individuando l'essenza di esso sul piano della reale funzione voluta dalle parti, attuabile a mezzo di una causa fiduciae atipica. Di conseguenza viene in conto come essenza del negozio è la manifestazione di volontà, con cui si attribuisce ad altri la titolarità di un diritto a nome proprio, ma nell'interesse o anche nell'interesse del trasferente o di un terzo. Questa ricostruzione fa appello alla ipervalutazione del profilo volontaristico, richiamandosi anche ai fondamenti della pandettistica tedesca e al concetto di negozio giuridico come categoria di diritto positivo del BGB (basata sull' "io" fondante dei rapporti giuridici).

La causa del negozio fiduciario viene ricondotta nell'area delle manifestazioni negoziali atipiche. La causa fiduciae consiste nel non "dare per avere (ipotesi comune dei contratti reali) ma nel dare per avere da riavere. Ci si allontana, pertanto, dalla concezione che afferma l'inammissibilità dei negozi astratti di trasferimento. Siamo pertanto passati da una concezione radicata sulla esistenza di due negozi, reale ed obbligatorio, a quella *fondata su di un unico negozio produttivo al tempo stesso di effetti reali ed obbligatori, negozio atipico perché non inquadrabile nei tipi presenti standardizzati dall'ordinamento e con una causa anch'esso atipica.*

Si deve attestare pertanto l'emersione della causa fiduciaria che sorregge il trasferimento negoziale, ma viene ascritta alla causa atipica. L'atipicità della causa è in questa versione ricostruttiva un sintomo della sproporzione tra il profilo volontaristico delle parti e la produzione degli effetti del negozio. In altre parole, il coefficiente psicologico delle parti (la volontà delle parti) attiva un tipo negoziale, la cui produzione di effetti giuridici è ridondante rispetto alla volontà degli effetti, che le parti si propongono nella loro intesa. Non si può non riscontrare in questa costruzione alcune criticità:

- *L'emersione di una causa unitaria, che dovrebbe essere causa fiduciae, viene ricondotta ad una causa atipica sul presupposto delle fattispecie fiduciarie eterogenee, in assenza di una causa fiduciae tipizzata, ma volutamente ignorando le residue ipotesi di fiducie*

codificate e normative (come quella testamentaria e quella dell'intestazione fiduciaria delle società fiduciarie).

- La costruzione è tributaria di una *ipervalutazione del profilo volontaristico a cui si attribuisce il valore dirimente* per selezionare le fattispecie fiduciarie, da quelle che presentano margini di contiguità strutturale con quelle simulatorie

La volontà delle parti di un negozio fiduciario “è diretta ad un effetto giuridico che è tipico di un intento empirico che le parti non hanno. Si verifica, cioè, una divergenza tra l'intento giuridico che muove i contraenti e l'intento empirico cui normalmente (o tipicamente) quell'intento giuridico si ricollega (vendita, donazione, ecc)”.³⁶⁰

La sproporzione tra causa ed effetti, denunciata dalla dottrina in commento non è qualcosa di estraneo all'ordinamento e alla relativa tipizzazione negoziale. Vi sono, infatti, negozi con un nome apposito riconosciuto dal legislatore, nei quali l'effetto traslativo non risulta sempre conciliabile con l'intento che le parti mirano a realizzare, di modo che a integrare la causa sarebbero sufficienti effetti più limitati di quelli connessi ad un trasferimento di proprietà perpetuo.(questo sarebbe il caso del contratto estimatorio o del contratto di riporto).

Anche altri autori propendono per l'unità dello schema causale del negozio fiduciario.³⁶¹

Chi invece è attento alla dimensione prasseologica della fiducia, individuando nella categoria sociale di riferimento il prius logico e ontologico di ogni operazione fiduciaria, propende per delineare un panorama disaggregato del negozio fiduciario, arrivando addirittura a

³⁶⁰ L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, p.206 nt.24. Nota che ciò determina che la causa venga ricondotta su di un piano di atipicità. Il limite dell'indagine del Grassetto consiste a giudizio dell'A. nel rimanere legato all'ammissione di una mancata proporzione tra causa ed effetti del negozio. Rimane, infatti, l'esigenza di costruire un diritto, che diverso dalla proprietà, di per sé perpetua e illimitata, coincida con gli effetti voluti dalle parti.

³⁶¹ PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit.p.279.

sostenere l' impossibilità di una riconduzione ad una unitaria configurazione causale.³⁶²

5)GLI EFFETTI DELLA RILEVANZA INTERNA DEL PATTO FIDUCIARIO E LA SUA LIMITATA EFFICACIA RIFLESSA.³⁶³

Chi propende per una rilevanza esclusivamente interna del pactum trae come conseguenza, i seguenti assunti:

a)Efficacia piena e vincolante interna del patto. Come già riferito (Gazzoni, op.cit., p.918), *inter partes* l'efficacia del patto fiduciario è piena e implica l'eventuale responsabilità del fiduciario, per inadempimento delle obbligazioni che ne scaturiscono³⁶⁴. Il patto costituisce, infatti, una norma e una sanzione solo interna³⁶⁵. Come già preannunciato la giurisprudenza ritiene che il relativo diritto del fiduciante sia soggetto al termine prescrizione ordinario decennale, il cui dies a quo è rappresentato dal giorno della violazione degli accordi (es.: dal giorno in cui il fiduciario non abbia ottemperato alla richiesta del fiduciante di eseguire il trasferimento del bene: Cass. Civ. Sez. I, 14375/01),dal giorno della vendita ad un terzo del bene intestato fiduciariamente: Cass. Civ. Sez. I, 17334/08)³⁶⁶.

³⁶² LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit.p.278ss.

³⁶³ Così, negli esempi effettuati, Caio si obbliga nei confronti di Tizio ad utilizzare i beni (le quote di società, gli immobili etc.) in un determinato modo ed a disporre conformemente alle istruzioni del fiduciante; Terzo si impegna a versare a Primo quanto ricavato dall'escussione del debitore Secondo

³⁶⁴ Si pensi alla vendita non autorizzata del bene trasferito fiduciariamente effettuata dal fiduciario ad un terzo: Cass. Civ. Sez. I, 17334/08), sia la possibilità per il fiduciante di ricorrere, qualora ne sussistano i presupposti, al giudice onde ottenere una pronuncia costitutiva intesa a sostituire l'inerzia del fiduciario *ex art. 2932 cod.civ.* (Cass. Civ., Sez. III, 10633/2014; Cass. Civ. Sez. I, 156/75)

³⁶⁵ Ai fini di ottenere l'adempimento, il fiduciante è tenuto ad effettuare una specifica richiesta al fiduciario, il quale è privo della legittimazione sostanziale a disporre del bene: cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23728/11.

³⁶⁶ L'unico modo per rendere coercitivo il pactum è rappresentato dall'art.2932 cod.civ. per rendere suscettibile di esecuzione specifica l'obbligo di ritrasferimento del fiduciario (cfr. NITTI, voce *Negozio fiduciario*, in *N.mo Dig.it.*, p.204 e PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*. Saggi, Milano, 1951, p.246.).

b) *Il patto non è un negozio formale.* Non meno importante, atteso il deficit di rilevanza esterna, è la definizione della forma, che deve essere rivestita dal patto fiduciario. Secondo l'interpretazione prevalente (Gazzoni, op.cit., p.919.), esso sarebbe non formale, ad eccezione del caso in cui si riferisse al trasferimento di beni immobili ex artt. 1350 e 1351 cod.civ.: per l'indispensabilità della forma scritta, in questo caso Cass. Civ., Sez.II, 8001/11; Cass. Civ. Sez. II, 1086/95; Cass. Civ. Sez. II, 5663/88)³⁶⁷.

Si concorda pertanto con quell'impostazione³⁶⁸ che ritiene un'espressione riduzionistica relegare il fenomeno fiduciario ad un semplice discorso di legittimazione.

Come, infatti, abbiamo già avuto modo di segnalare il problema pare essere posto in una prospettiva non corretta.

Di fronte ad una eterogeneità di fattispecie, non sempre riconducibili alle operazioni fiduciarie, atteso che sono possibili dei profili di contiguità strutturale con le fattispecie simulatorie, non è possibile tratteggiare un quadro univoco di significanti (nel senso di indici referenziali) tassativi in ordine alle varie ipotesi previste dalla prassi e ricondotte in alcuni casi anche a fattispecie negoziali tipiche.

La non univocità dei significanti va colta su tre direttrici:

✓ *La connotazione della situazione dominicale del fiduciario.*

³⁶⁷ Quando il patto preveda l'obbligazione di trasferire beni immobili, non può non essere considerato alla stregua di una negoziazione preliminare, con tutto quanto ne segue a livello di prescrizioni formali. In tema di intestazione fiduciaria di partecipazioni ad una società di capitali, è stato deciso nel senso della non indispensabilità dell'atto pubblico (Cass. Civ., Sez.I, 4184/2013). In effetti l'atto rispetto al quale il patto fiduciario costituisce impegno preliminare non è la costituzione della società (che deve intervenire a pena di nullità per atto pubblico), bensì la mera cessione della partecipazione sociale.

³⁶⁸ A. GENTILI, *Simulazione*, cit.

- ✓ *L'integrazione del programma negoziale (fiduciario), attraverso una pluralità di atti.*
- ✓ *La struttura base dell'operazione, attraverso la predisposizione di un modello attributivo.*

A nostro avviso, a questi indicatori non può darsi una soluzione univoca. Essi possono concorrere nelle singole fattispecie considerate, ma presentano coloriture e contenuti non sempre di segno comune. Ciò vuol dire che, per rintracciare una univocità di significanti, bisogna individuare un fattore che catalizzi la realizzazione di un programma fiduciario unitario.

Per il momento, parliamo ancora di visione unitaria, in riferimento ai singoli indicatori, senza approfondire, se questa *reductio ad unum*, determini una costruzione unitaria del negozio fiduciario o del suo referente empirico, rappresentato dalla proprietà fiduciaria.

La giurisprudenza stessa non attesta dati univoci:

Esteriormente il fiduciario non può non essere considerato come il reale ed effettivo titolare delle situazioni soggettive di cui è investito dal fiduciante (fiducia dinamica) o che si trova a gestire essendo già titolare, eventualmente per averle acquisite da terzi (fiducia statica) (Cass. Civ. Sez. II, 11025/91; Cass. Civ. Sez. II, 4438/82).

La dottrina introduce la distinzione tra fiducia dinamica e fiducia statica, con l'intento di descrivere quella situazione di fatto che si determina quando a monte dell'operazione fiduciaria non vi è un trasferimento di beni. Nell'ambito della *common law*, sebbene non vi sia una teorizzazione espressa, il fondamento della distinzione è rinvenibile nella *declaration of trust*, che un soggetto effettua, attivando un procedimento che culmina nell'istituzione di un trust autodichiarato. Anche se però il diritto dei trust accompagna la dichiarazione unilaterale del disponente, con una serie di cautele, ravvisabili nelle varie leggi regolatrici, che inibiscono impieghi potenzialmente eversivi del trust Fund. Sovviene poi un dato fisiologico

nella vita del trust. Una *declaration of trust*, che importa l'attivazione di un trust autodichiarato, è destinata fisiologicamente a convertirsi ed inserirsi in un modello di trust ordinario. Qualsiasi evento, che determini la sostituzione del trustee (a cominciare dalla morte), importa una trasformazione del trust autodichiarato in un trust di modello ordinario (in cui non vi è più coincidenza tra disponente e trustee).

..

6) (SEGUE) IL CONCETTO DI PACTUM FIDUCIAE ED IL CARATTERE ACCESSIVO DELLA PATTUIZIONE

Se pertanto risulta insufficiente un modello che inibisca qualsiasi forma di rilevanza esterna al *pactum fiduciae*, si deve provare ad analizzare in che misura si può valutare una eventuale rilevanza esterna, per porre le basi di un confronto con l'esperienza della *fiducie* francese. Il fiduciario francese, infatti, come si dirà infra, deve dichiarare di agire per la fiducia³⁶⁹. Quindi la rilevanza esterna è elemento costitutivo della fattispecie. La violazione non importa, infatti, una nullità dell'atto, ma è sanzionata in sede di responsabilità patrimoniale del fiduciario.

Il quesito fondamentale che si pone a proposito del negozio fiduciario è se sia possibile parlare di una *causa fiduciae*, intesa come causa tipica diversa da quella dell'atto, i cui effetti sono corretti dalla pattuizione obbligatoria *inter partes*: se cioè la fiducia possa essere di per sé posta a fondamento, quale causa, di un effetto reale come il trasferimento della proprietà. Si deve registrare la posizione di chi valuta che le cause afferenti ai vari tipi di negozi giuridici (vendita, permuta, donazione, etc.) vengono tradizionalmente ricondotte a tre generi: la *causa solvendi*, la *causa donandi*, la causa credendi. Con il primo sintagma, si intende l'adempimento di un'obbligazione al quale, stante il principio consensualistico che informa il nostro ordinamento, può essere assimilata l'attribuzione traslativa

³⁶⁹ Si badi bene deve dichiarare di agire per la fiducia e non per il fiduciante.

proprietà di contratti, come la vendita e la permuta. Possono essere ricondotti all'ipotesi in esame anche i casi di c.d. pagamento traslativo. Con il secondo, si intendono gli atti connotati dall'intento liberale (donazione). Con l'ultimo, ci si riferisce ai contratti, che hanno quale causa il credito e le garanzie che lo assistono (si pensi al mutuo, ove la proprietà delle cose fungibili viene trasferita al fine di consentirne la fruizione, connotandosi la controprestazione come obbligazione restitutoria). Attesa la tripartizione in oggetto, la causa *fiduciae* perimetrerebbe il trasferimento di un bene con un vincolo di destinazione, consistente o nel ritrasferimento di esso, trascorso un certo periodo di tempo o verificatisi determinati eventi o nella destinazione ed impiego di tale bene per un fine determinato (es.: la cura e l'assistenza degli anziani).³⁷⁰ Vi è chi sostiene l'utilità marginale di ricorrere alla nozione di motivo e non fare riferimento alla nozione di causa. La c.d. *causa fiduciae* non corrisponderebbe alla «causa» dell'atto con il quale viene operato il trasferimento del diritto, bensì al «motivo» di esso. Secondo questa opzione, neppure il negozio indiretto, del quale quello fiduciario costituisce una specie, può dirsi connotato da una causa specifica in quanto tale.

Dell'insufficienza di tale ricostruzione già si è detto, soprattutto alla luce dei recenti riscontri giurisprudenziali.

Si può anche osservare che la causa è l'oggettivizzazione del motivo che, cristallizzato, viene a svolgere una funzione immanente nell'atto e perciò rilevante non solo tra le parti ma anche per i terzi. A questa stregua, la fenomenologia del negozio fiduciario sarebbe integrata dall'utilizzo di uno schema negoziale tipico (es.: una compravendita), palese a tutti e da un accordo accessorio, stipulato tra le parti e non nella medesima contestualità documentale con finalità correttivo – emendativa dell'atto a monte.³⁷¹ La

³⁷⁰ In proposito si segnala per completezza il tema delle fondazioni fiduciarie, al netto del fatto che un impiego simile non è possibile attraverso la *fiducie* francese, mentre vi è un'ipotesi analoga nei paesi di common law se si prende in considerazione il *Charitable trust*.

³⁷¹ Nel negozio fiduciario invece la clausola fiduciaria si pone come patto aggiunto ed ulteriore, che vale a correggere gli effetti dell'atto stipulato: effetti che, per questo motivo,

conseguenza di questa ricostruzione porta ad interpretare la causa fiduciaria alla stregua di un motivo. In base al motivo fiduciario, viene effettuata la coloritura al c.d. investimento reale, con cui il fiduciante trasferisce dei beni ad un fiduciario. Proprio perché motivo, allora non potrebbe presentare un rilievo causale opponibile ai terzi.³⁷²

Questa impostazione pare campeggiare nella più recente giurisprudenza, sia pure di merito.³⁷³

Resta però il dubbio su come possa coniugarsi con la giurisprudenza della Cassazione, in tema di causa concreta. Se si accede all'idea di una *oggettivizzazione del motivo*, infatti, si esce dal perimetro prettamente volontaristico, per accedere ad una qualificazione causale. Se il motivo è oggettivizzato, si può discutere del quantum del suo riverbero causale, ma che insista sulla causa pare *ius receptum*.³⁷⁴

vengono qualificati come eccedenti rispetto allo scopo delle parti. Se viene enfatizzata la consequenzialità degli atti preordinato ad un fine, parrebbe più calzante parlare di procedimento fiduciario nel quale sono coinvolti l'atto di trasferimento del diritto (dotato di una propria causa) e la susseguente clausola in forza della quale vengono corretti in senso restrittivo gli effetti della prima stipulazione.

³⁷² La riconducibilità della fiducia all'ambito dei motivi determina l'applicabilità di regole quali gli artt. 1344 e 1345 cod.civ.: la conseguente invalidità si trasmetterebbe all'intero procedimento fiduciario.

³⁷³ E' stato infatti deciso nel senso che il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria debba essere inquadrato nell'ambito del mandato privo di poteri rappresentativi (Trib. Modena, 14 febbraio 2009). Ne segue che le eventuali azioni intese a far valere i vizi del contratto intercorso con il terzo possono essere fatti valere soltanto dal fiduciario, parte contrattuale e non dal fiduciante, se si eccettua l'azione intesa a far valere i diritti di credito ai sensi del II comma dell'art. 1705 cod.civ.. La legge 23 novembre 1939 n. 1966 non potrebbe inoltre essere interpretata nella direzione di contenere una disciplina specifica del negozio fiduciario (Tribunale Lecce, 18 marzo 2008). Tutto ciò sembra porsi in contrasto con l'eventuale riconoscimento oggettivo di una causa fiduciaria, come tale opponibile ai terzi.

³⁷⁴ La tesi della causa fiduciaria come causa autonoma è rinvenibile in GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e dell'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in Riv. dir. comm., 1936, I, p.358 e DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in Giur. compl. Cass. Civ., 1946, II, 1,705,: la causa fiduciae si presenterebbe come causa unica del negozio, tipizzata socialmente e perciò atipica.

La tipicità della causa fiduciae ha come suo precipitato tecnico, a giudizio di alcuni autori, la surrettizia creazione di nuovi diritti reali, o comunque ne altererebbe il catalogo (PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit. in Diritto civile. Saggi, Milano, 1951, p.332).

A riprova di questo assunto, qualora ce ne fosse necessità dopo le pronunce del Supremo Collegio si può citare anche il percorso storico dogmatico che ha portato all'inserimento della causa tra i requisiti del contratto.

Il passaggio dal codice del 1865, nel quale, sulla scia del codice civile francese, la causa era riferita al rapporto obbligatorio, al nuovo codice, nel quale invece, la causa viene collocata tra i requisiti del contratto, è infatti sintomatico *dell'inserimento della causa in un piano di valutazione obiettivo, afferente allo scopo del negozio.*

Si procede pertanto verso una assoluta oggettivizzazione della nozione di causa, che secondo l'insegnamento del Betti riveste la funzione di parametro *dell'interesse sociale e socialmente controllabile, cui il regolamento contrattuale deve rispondere.* Complementare a questo concetto è che la *causa è la funzione d'interesse sociale della autonomia privata*³⁷⁵

Nella prospettiva socializzante della causa, il rilievo soggettivo non scompare del tutto ma va a saldarsi con il profilo obiettivo. Si riconosce che la causa, l'interesse in senso oggettivo, intanto opera attraverso il congegno del negozio, in quanto viene a coincidere normalmente con l'interesse individuale determinante la volontà privata nel caso concreto³⁷⁶.

Il momento soggettivo, subisce un ridimensionamento atteso che il profilo volontaristico riveste un'efficienza causale in ordine all'attuazione di un programma negoziale, nella misura in cui è facoltizzato dall'ordinamento. In altre parole, il profilo volontaristico rinvenibile nell' "io fondante" dei rapporti giuridici, immanente nel BGB tedesco, che ammette il negozio giuridico come categoria di diritto positivo, deve riconoscersi nella tipologia di atti previsti dall'ordinamento. L'ordinamento si esprime con il tipo e con il controllo causale effettuato a priori sul tipo. Si impone una concezione obiettiva della causa, che viene sottratta ad ogni legame con la volontà. La

³⁷⁵ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p.174-183.

³⁷⁶ BETTI, *La causa del negozio giuridico*, in *Noviss.Dig..it.III*, Torino, 1967, p.36.

nozione di causa è impiegata, quindi, in funzione di controllo dell'autonomia contrattuale.³⁷⁷

L'accentuazione quindi del profilo oggettivo conduce all'identificazione della causa con il tipo.³⁷⁸

L'elevazione della causa dal piano dei semplici elementi del negozio, a quello della struttura essenziale di esso, conduce al recupero della connotazione soggettiva (della causa stessa) e del collegamento imprescindibile con la volontà. In questa prospettiva, i sostenitori della tesi oggettivistica attribuiscono alla causa la funzione di mediazione giuridica tra il consenso e la circolazione dei beni³⁷⁹.

Vi è chi sottolinea il rilievo della causa quale elemento qualificante non discrezionale della volontà rispetto al nudo consenso.³⁸⁰

Il rilievo del contenuto economico comporta la identificazione della causa soggettiva, quale scopo del singolo contraente, quando si obbliga nei confronti dell'altro, con la controprestazione. In questo caso, viene richiamata la nozione di *consideration* del diritto inglese.³⁸¹

L'individuazione dei profili subiettivi e oggettivi della causa non dà corso a risultati appaganti, dal momento che il contegno negoziale deve essere valutato nel peso economico effettivo, che riveste in un dato momento e alla luce degli interessi coinvolti, da parte dei contraenti. In altre parole, la distanza tra oggettivo e soggettivo diviene nominalistica, allorché la causa sia che venga considerata unitariamente, con riguardo al singolo contraente, ovvero bilateralmente, con riguardo alla complessa situazione economica, a

³⁷⁷ GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1996, p.231ss.

³⁷⁸ G. VENEZIAN, *La causa dei contatti*, Roma, 1892 ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p.347ss; P.BONFANTE, *il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p.131ss.

³⁷⁹ Così testualmente L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit.

³⁸⁰ G. GORLA, *il contratto*, Milano, 1954, p.81.

³⁸¹ B. S.MRKESINIS, *Cause and Considerazione, a study in parallelism*, in *The Cambridge Law Jour.*1978, p.53ss.

prescindere dall'elemento della volontà, *diviene indice di valutazione degli interessi economico coinvolti nel contratto.*

E' grazie alle dottrine più recenti, che si è ricondotto il problema della configurazione della causa alla natura dell'interesse che le parti perseguono.

Un' ulteriore tappa dell'evoluzione del concetto di causa è la sua '*emancipazione dal tipo*'. Da espressione del tipo, diviene strumento di *governo del tipo*, in quanto indicatore dell'interesse sotteso all'operazione negoziale.

In questo caso, la causa si identifica con l'interesse stesso, desumibile da tutto il quadro dell'operazione economica insita nel negozio, recuperando, una indipendenza concettuale dal tipo. Sia il tipo, che la causa rinvergono il loro fondamento nella nozione di interesse. Il contratto e l'atto negoziale in genere tendono sempre alla realizzazione di un interesse, ma questo può concretamente assumere una struttura tipica oppure non può assumerla.³⁸²

7) L'ACCESSORIETÀ DEL PACTUM AI NEGOZI TRASLATIVI E LE C.D. IPOTESI LIMITE:

1) Premessa

Proviamo ora a perimetrare l'ambito applicativo del negozio fiduciario in Italia, alla luce anche di quelle ipotesi limite che la dottrina riconduce solo latamente alle fattispecie fiduciarie. Deve, altresì, tenersi conto in via preliminare che la *fiducie francese* ha, quale elemento costitutivo della fattispecie, la produzione dell'effetto reale del trasferimento dei beni o diritti dal fiduciante al fiduciario. Questo comporta l'impossibilità di concepire delle fiducie c.d. autodichiarate, o che non siano accompagnate dal trasferimento dei beni (se ne deduce, infatti, la non praticabilità di qualsiasi forma di fiducia statica attraverso la fiducie).

³⁸² G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*.Milano, 1965, p.249ss.

Si prendono in esame le seguenti situazioni:

- 1) *Si considerino gli effetti che la prescrizione ordinaria può sortire in riferimento alle situazioni originate da un accordo di natura fiduciaria.* Per esempio, si ipotizzi l'intestazione del bene ad un amico, effetto che può essere conseguito, per il tramite di una cessione, operata dal fiduciante in favore del fiduciario, oppure in conseguenza di un'acquisizione che il fiduciario abbia fatto da terzi. In quest'ultimo caso, il fiduciante, dopo aver somministrato i mezzi al fiduciario, così da provvedere all'acquisto, perfezionerà con costui un accordo in funzione del quale quest'ultimo si obbligherà a fare un determinato uso del bene ovvero a ritrasferirlo al fiduciante stesso o a soggetti da costui designati.

A questo riguardo possono immaginarsi i seguenti esiti:

- a) *decorsi oltre dieci anni, il fiduciario si sia rivelato inadempiente (vale a dire usando impropriamente il bene ovvero addirittura alienandolo a terzi, senza l'autorizzazione del fiduciante o contro le disposizioni di costui): si è stabilito che il fiduciante possa far valere la responsabilità (di natura contrattuale) del fiduciario, che abbia alienato il bene trasferitogli ad un terzo senza autorizzazione entro dieci anni decorrenti dal giorno del perfezionamento del riferito atto di alienazione, senza che rilevi la condizione di eventuale ignoranza del fiduciante (Cass. Civ. Sez. I, 17334/08).*
- b) *in caso vi sia una concorrente inerzia del fiduciante: l'assoluta assenza di richieste nei dieci anni, da parte del fiduciante, in ordine alla restituzione del bene, al pagamento di un qualsivoglia canone, di indicazioni sul trasferimento del bene già per l'innanzi direttamente intestato al fiduciario per acquisto fattone da terzi, risulta preclusiva per l'esercizio del suo diritto.*

2). *Il profilo operativo del mandato senza rappresentanza: quale situazione fiduciaria-limite.*

Si prende ora in esame il profilo operativo rappresentato dal mandato senza rappresentanza, come ipotesi attuativa, tanto di gestione fiduciaria, quanto di segregazione di patrimonio.

In modo particolare, viene evidenziato il rapporto con la *fiducie*, dal momento che *l'ordinamento francese non conosce il mandato senza rappresentanza*.

La dottrina che in Francia si è occupata di perimetrare l'operatività del mandatario rispetto al fiduciario, ha rilevato che, in punto di effettività, l'azione del fiduciario risulta massimamente incisiva, in funzione del rapporto dominicale che questi mantiene con il patrimonio fiduciario. Sebbene sia un rapporto dominicale soggetto a limitazioni, rispetto a quello ordinario, attraverso la sua rilevanza esterna (il fiduciario deve dichiarare che agisce per la fiducia) conserva un margine di *agere licere, che al mandatario è precluso*³⁸³.

In Italia la questione deve essere indagata su due diverse prospettive:

- A) *Il mandato come strumento dell'agere ex fiducia;*
- B) *La rilevanza esterna degli atti del mandatario, atteso il denunciato deficit di rilevanza esterna della causa fiduciae, nel negozio fiduciario.*

Per quanto attiene al *profilo A)*, può essere funzionale alla comparazione che si sta effettuando, verificare quali siano i rapporti tra mandatario e terzo, sia nell'ipotesi fisiologica di esecuzione *latu sensu* fiduciaria (ma comunque sempre *intuitu personae*,) del mandato senza rappresentanza, sia nel caso patologico, che catalizza l'intervento del mandante.

Sotto il primo profilo, non è discriminante lo stato di scienza, che il terzo abbia, in ordine allo status di mandatario del contraente, con cui viene in contatto. Il terzo può conoscere o anche del tutto ignorare che il mandatario opera in questa sua veste: la cosa è del tutto indifferente sotto il profilo

³⁸³ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.157-159.

dell'imputazione degli atti, che si producono in capo al mandatario³⁸⁴. *La rilevanza esterna del fenomeno non è però elemento costitutivo della fattispecie, venendo in conto soltanto il conferimento, da parte di un soggetto ad un altro, dell'incarico di compiere una determinata attività*. Per questa ragione, l'inserimento del mandato nella gestione fiduciaria di un rapporto, riveste un profilo di intersezione con il tema dell'*apparenza* e con la circostanza che un'operazione fiduciaria possa integrare una *simulazione*³⁸⁵.

Sotto il secondo profilo, si deve tener conto del potere di ingerenza del mandante³⁸⁶, attesa la rilevanza esterna che esorbita dal fisiologico svolgimento del rapporto gestorio. *L'agere* del mandante riveste la sfera esteriore, direttamente riguardando i soggetti con i quali il mandatario ha operato, soggetti che dovrebbero essere considerati terzi del tutto estranei per il mandante³⁸⁷.

Ai sensi del II comma dell'art. 1705 cod. civ., il mandante ha la possibilità di esercitare nei confronti dei terzi i diritti di credito che spetterebbero al mandatario, ad eccezione del caso in cui questo sia di pregiudizio dei diritti attribuiti al mandatario stesso. Ciò comporta che per il mandante vi sia la possibilità di agire direttamente nei confronti del terzo con il quale ha contrattato il mandatario (Cass. Civ. Sez. III, 11014/04; Cass. Civ. Sez. II, 7820/98). *La norma si pone quale eccezione al principio,*

³⁸⁴ Ai sensi del I comma dell'art. 1705 cod.civ. il mandatario che agisce *nomine proprio*, "acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato".

Fa seguito il II comma ribadendo che i terzi non hanno alcun rapporto col mandante.

³⁸⁵ Sul punto A. GENTILI, *Simulazione*, cit.e LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit. p. 79-80 e 87-91.

³⁸⁶ Il II comma dell'art. 1705 cod.civ., dal momento che la norma procede prescrivendo che "il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario.". Ai sensi del I comma dell'art. 1706 cod.civ., il mandante ha la possibilità di agire in rivendicazione delle cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario.

³⁸⁷ MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, libro IV, Torino, 1991, p. 539; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, Torino, 1952, p. 106; SANTAGATA, *Mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1985, p. 325).

*in forza del quale il mandatario privo di poteri rappresentativi acquista i diritti ed assume gli obblighi nomine proprio, interponendosi tra mandante e terzo (Cass. Civ. Sez. II, 6501/79)*³⁸⁸.

³⁸⁸ Ai sensi del II comma dell'art. 1706 cod.civ. quando l'incarico conferito al mandatario consiste nell'acquistare beni immobili o mobili registrati, a costui incombe l'obbligo di trasferirli a propria volta al mandante. In caso di inadempimento di tale obbligazione, la stessa norma prevede la possibilità per il mandante di ricorrere alla disciplina prevista in tema di esecuzione dell'obbligo di contrarre (con particolare riferimento alla pronuncia costitutiva di cui all'art. 2932 cod.civ.). Tuttavia pare essere controversa tale posizione a livello giurisprudenziale. In modo apparentemente contrastante rispetto alla possibilità di agire ex art. 2932 cod.civ. si pone una pronuncia (Cass. Civ. Sez. II, 2954/75). Avendo un soggetto acquistato un immobile per conto di altra persona, senza tuttavia spenderne il nome, correttamente il giudice del merito ebbe a ravvisare nella fattispecie un mandato senza rappresentanza e non già un negozio simulato, ossia un'ipotesi di interposizione fittizia. La pronuncia in esame ha statuito nel senso che al mandante spetta, in considerazione della condotta inadempiente del mandatario che si rifiuta di trasferire il bene, il mero risarcimento del danno. Nel caso specifico questa conseguenza è stata posta in connessione al difetto di forma scritta del mandato). Il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili è pertanto contrassegnato da un duplice trasferimento: in un primo tempo il mandatario acquisisce da un terzo (tale rispetto al contratto di mandato) la proprietà (o il diverso diritto) del bene immobile, successivamente il medesimo bene deve essere ulteriormente trasferito dal mandatario al mandante. Quest'ultimo atto, secondo l'opinione preferibile, assume la struttura non già di un atto connotato da astrattezza causale, bensì di un negozio traslativo connotato da una causa esterna, la quale dovrà indispensabilmente essere menzionata nell'atto di trasferimento. Si tratterebbe di una peculiare modalità di adempimento degli obblighi scaturenti dal mandato, adempimento che si sostanzia nella stipulazione di un atto di trasferimento del diritto in cui l'*expressio causae* si pone quale requisito essenziale, il cui difetto ne importerebbe la nullità. Secondo un'opinione, il mandante acquisirebbe in maniera automatica il diritto: L'eventuale atto intercorrente tra mandante e mandatario sarebbe inteso ad accertare la produzione di un siffatto effetto, ai soli fini di consentire l'effettuazione delle formalità di trascrizione. Tornando all'atto di trasferimento con il quale il mandante diviene titolare di diritti acquistati per conto, ma non in suo nome dal mandatario, si disputa circa la sua struttura: se cioè essa debba essere necessariamente bilaterale ovvero se sia possibile anche porre in essere un atto attributivo connotato dall'unilateralità. La necessaria bilateralità è sostenuta da chi osserva l'estraneità al sistema di atti negoziali unilaterali atipici produttivi di effetti reali traslativi. Invero l'unica opinione convincente circa la possibilità di configurare un atto (apparentemente) unilaterale di trasferimento è quella di istituire un collegamento tra il

. Tale *regula iuris* sarebbe di *ius strictum*, ovvero non suscettibile di estensione al di fuori della ipotesi prevista (anche se essa è stata ritenuta applicabile alla commissione, sulla scorta della natura giuridica di essa, da considerarsi una specie di mandato: cfr. Cass. Civ. Sez. II, 1619/77; si veda inoltre anche Cass. Civ., Sez. Unite, 11136/12 che ne ha sancita la valenza anche nell'ambito della *negotiorum gestio*)³⁸⁹.

Si pone la questione di qualificare la *legittimazione del mandante*. Varie sono le teoriche evocate per dar conto dell'eccezionale fenomeno della legittimazione del mandante. Secondo un'opinione³⁹⁰ si tratterebbe di una peculiare specie di *azione surrogatoria*. Quest'ultima ha, quale presupposto (art. 2900 cod. civ.), la condotta inerte del creditore che, non attivandosi, tralascia di far valere i propri diritti, con ciò indirettamente provocando un danno al proprio creditore. Nella fattispecie, al contrario, non soltanto l'inerzia del mandatario non costituisce un requisito necessario, ma addirittura l'azione del mandante che fa valere il credito viene a sostituire quella del mandatario che, conseguentemente, neppure potrebbe concorrervi.

Secondo un'altra impostazione, imperniata sulla lettura dei lavori preparatori al codice civile, l'azione diretta verrebbe giustificata sulla scorta dell'immediata operatività. Questa argomentazione presta il fianco a delle obiezioni: prescindendo che essa viene sostanzialmente a negare la differenza tra rappresentanza diretta ed indiretta, appare sostanzialmente

contratto di mandato stipulato in forma scritta (da valere quale implicita accettazione preventiva dell'acquisto a seguire) e successivo atto inteso a produrre il trasferimento del diritto, allo scopo di salvaguardare il principio del consenso bilaterale. Il negozio di trasferimento del diritto dal mandatario al mandante opera secondo l'opinione che qui si accoglie *ex nunc*, a far tempo dalla stipulazione di esso.

³⁸⁹ Non sarebbe praticabile pertanto per il mandante né esperire nei confronti di colui che ha stipulato con il mandatario azione di risarcimento dei danni, né domandare la risoluzione del contratto per inadempimento (Cass. Civ. Sez. II, 11118/98; Cass. Civ. Sez. III, 1312/05). E' stata negata anche ogni possibilità di far valere, oltre alle predette azioni, le impugnative afferenti all'azione di annullamento e/o di rescissione (Cass. Civ. Sez. Un. 24772/08).

³⁹⁰ LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1995, p. 213 e CARNEVALI, voce *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, 1990, p. 4 il quale sottolinea che, qualora si trattasse di azione surrogatoria, dovrebbe sussistere una legittimazione concorrente e non esclusivamente attribuita al mandante.

privo di appiglio logico teorizzare un acquisto diretto, laddove la legge significativamente parla *soltanto dell'esercizio del diritto*, senza mai fare menzione della *titolarità* del medesimo. Si è anche detto che, una volta esercitato dal mandante il diritto di credito, si verrebbe a determinare una vera e propria *modificazione soggettiva del rapporto*, da reputarsi costituito tra mandante e terzo (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 92/90)

Prima del momento in cui il mandante decide di sostituirsi al mandatario, quest'ultimo potrebbe agire per esercitare il diritto di credito, ciò che più non potrebbe avvenire una volta che la sostituzione del mandante avesse avuto luogo.

E' inoltre evidente che il mandante può sempre revocare il mandato; il che si affianca³⁹¹ alla parallela possibilità di esercitare i diritti di credito afferenti agli accordi assunti in precedenza dal mandatario nei confronti dei terzi ai sensi della norma qui in commento (Cass. Civ. Sez. III, 4587/95). Il I° comma dell'art. 1706 cod.civ. prescrive che il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede. Al netto del riferimento all'art.1153 cod.civ., nell'ultima parte della norma vi è la possibilità da parte del mandante di agire direttamente nei confronti di chiunque, mediante l'azione di rivendicazione. Ciò parrebbe porsi in contrasto con la regola del tutto generale di cui al I° comma dell'art. 1705 cod.civ., in forza della quale il mandatario acquista i diritti e assume a proprio nome gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi. Per spiegare la norma si è tentato di configurare l'atto con il quale il mandatario acquista un bene mobile per conto del mandante come direttamente produttivo di effetti, con efficacia immediata e diretta³⁹². Secondo un'altra costruzione teorica,³⁹³ la norma limita la propria operatività ad uno straordinario conferimento della legittimazione ad agire mediante l'azione di rivendicazione (art.948 cod.civ.). Sarebbe pur sempre indispensabile, ai fini

³⁹¹ La facoltà di cui al II comma dell'art. 1705 cod. civ. ha a che fare con la relazione tra mandante e colui che ha contrattato con il mandatario: cfr. Cass. Civ. Sez. III, 2278/93

³⁹² In questo senso BRAVETTA, *voce Mandato*, in *Enc.dir.*, vol.XXV, 1975, p.341; PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p.469 e BIGLIAZZI-GERI, *Istituzioni di diritto civile*, vol.III, Genova, 1980,.

³⁹³ ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958, p.83.

di dare compiuta esecuzione al mandato, un doppio trasferimento del diritto acquisito *nomine proprio* dal mandatario. Costui in un primo tempo perfeziona l'accordo con il terzo, successivamente è tenuto a ritrasferire quanto oggetto dell'acquisto al mandante. Secondo la prevalente opinione, infatti, pur dovendosi distinguere dal punto di vista logico la duplicità di passaggio della proprietà, il trasferimento del diritto in capo al mandante interverrebbe in maniera automatica, senza bisogno di un formale e distinto atto negoziale. Sembra preferibile configurare il diritto del mandante di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario, in modo analogo rispetto alla possibilità di esercitare nei confronti dei terzi i diritti di credito che spetterebbero al mandatario. In entrambi i casi, la lettera della legge non consente di dedurre quale sia la titolarità del sottostante diritto soggettivo: comunque attribuisce l'esercizio delle azioni al mandante, tanto se afferenti ad un rapporto obbligatorio (credito), quanto relative ad una situazione reale (proprietà).

Sotto il profilo B)

Per quanto attiene al punto B), ai sensi del II comma dell'art. 1705 cod. civ. il mandante ha la possibilità di esercitare nei confronti dei terzi i diritti di credito che spetterebbero al mandatario, ad eccezione del caso in cui questo sia di pregiudizio dei diritti attribuiti al mandatario stesso. Ciò implica la possibilità per il mandante di agire direttamente nei confronti del terzo con il quale ha contrattato il mandatario (Cass. Civ. Sez. III, 11014/04 Cass. Civ. Sez. II, 7820/98 La norma si pone quale eccezione al principio in forza del quale il mandatario privo di poteri rappresentativi acquista i diritti ed assume gli obblighi *nomine proprio*, interponendosi tra mandante e terzo (Cass. Civ. Sez. II, 6501/79).

Per completare l'indagine sulla struttura del mandato senza rappresentanza, come archetipo del mandato fiduciario, non si deve trascurare il regime dei doveri di condotta del mandatario e la *sanzione* operata attraverso

l'esercizio dei poteri diretti del mandante. Una prima questione si pone pertanto circa la giustificazione dei poteri medesimi del mandante.

L'attenzione degli interpreti verte essenzialmente sul problema del meccanismo di acquisto in capo al mandante della proprietà delle cose mobili e della titolarità dei crediti alla luce del II° comma dell'art. 1705 cod.civ., nonché del I comma dell'art. 1706 cod.civ.. Il nodo concettuale, sottostante al modo di disporre di queste due norme è indubbiamente quello della *giustificazione dei poteri del mandante*, il quale appunto è legittimato ad agire nei confronti di un soggetto, che per lui deve essere considerato terzo (cioè colui che ha contrattato con il mandatario privo di poteri rappresentativi), riscuotendo i crediti o agendo in rivendicazione. Ci si chiede quale sia la posizione del terzo e se sia dotato di azione diretta nei confronti del mandante. La situazione è di assoluto ius controversum: la giurisprudenza sembrerebbe, seppure implicitamente, contraria (Cass.Civ. Sez. III, 2202/77 ; Cass.Civ. Sez. II, 6501/79 ; Cass.Civ. Sez. II, 78/93). In merito, si può osservare che le norme di cui agli artt. 1705, 1706 cod.civ. pongono regole del tutto eccezionali, divergenti rispetto ai principi generali. Si aggiunga che non si potrebbe tecnicamente riferire di un rapporto sussistente tra mandante e terzo, poiché la legge fa menzione dell'attribuzione al mandante del mero esercizio dei diritti di credito e dell'azione di rivendicazione. E' tuttavia anche vero che la legge (art.1705 cod.civ.) si esprime nei termini di sostituzione del mandante al mandatario. Si può dunque descrivere la fattispecie in chiave di una *facoltà di sostituzione, che ha quale esito il mutamento dei termini soggettivi del rapporto*. Espunto il mandatario, il rapporto si svolge tra mandante e l'altra parte, la quale, per tale motivo, perderebbe la qualificazione di terzo.³⁹⁴.

³⁹⁴ Si discute, nell'ipotesi di *mandato ad alienare sfornito di rappresentanza*, se occorranza due distinti trasferimenti o sia sufficiente una sola vendita effettuata dal mandatario. In giurisprudenza è stato affermato che il trasferimento del diritto non si verifica immediatamente all'atto della conclusione del mandato, ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario (Cass.Civ. Sez. I, 10522/94). Il codice civile non prevede espressamente il caso, se non in materia di commissione che, ai sensi dell'art. 1731 cod.civ. consiste in un mandato che ha per oggetto *l'acquisto o la vendita* di beni per conto del committente e in nome del

commissionario (CARNEVALI, voce *Mandato*, in *Enc.giur.Treccani*, p.5.) Nè nel conferimento del mandato (quand'anche accompagnato da poteri rappresentativi) si potrebbe sostenere insito un atto di trasferimento del diritto da alienare quantomeno in capo al mandatario. Le costruzioni del fenomeno possono essere ricondotte fondamentalmente a due impostazioni di fondo. Secondo una tesi minoritaria (MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1975, p.53.) sarebbe sufficiente un solo atto di trasferimento del diritto. Il mandatario potrebbe cedere il bene al terzo, in virtù di un'autorizzazione immanente nel mandato ad alienare. Si obietta che l'opinione non può essere accolta, se non limitatamente ai beni mobili. Questo risultato non si giustifica tuttavia in relazione alla forza propria dell'autorizzazione (la cui nozione non è univoca), bensì con riferimento al principio possesso vale titolo di cui all'art. 1153cod civ.

Isolata è la posizione di chi ravvisa *nel mandato senza rappresentanza ad alienare immobili sarebbe un trasferimento fiduciario del bene* (DONISI, *Il contratto con se stessi*, Napoli, 1982, p.330). Naturalmente è ben possibile che detto trasferimento intervenga. Dovrà tuttavia trattarsi di un vero e proprio atto traslativo (una vendita, una donazione, una *datio in solutum*), ovvero di un atto negoziale avente quale effetto quello di trasferire al mandatario la titolarità del diritto affinché costui, a propria volta, ne faccia ulteriore cessione, in adempimento dell'incarico affidatogli. Secondo la dottrina maggioritaria non sarebbe immaginabile che tale atto di trasferimento consista in un trasferimento fiduciario palesato. Questo dal momento che, nel nostro ordinamento, secondo questa impostazione, non può inferirsi l'esistenza di una *causa fiduciae* come causa tipica. *Il patto fiduciario si qualificherebbe, infatti, come convenzione avente efficacia meramente obbligatoria, interna, intercorrente tra fiduciante e fiduciario, inteso a restringere o, comunque, a qualificare gli effetti propri del negozio con il quale il fiduciario viene investito del diritto reale sul bene onde perseguire determinate finalità assegnategli*

E' anche prospettabile la costruzione di un *mandato "traslativo"*, vale a dire contenente *l'investitura reale da parte del mandante in capo al mandatario e funzionale all'ulteriore trasferimento in favore del soggetto destinatario finale dell'attribuzione*. Questa costruzione coordina l'elemento causale dell'atto traslativo rispetto al mandato, ma potrebbe risultare foriera di problemi dal punto di vista fiscale (CONTRA: Commissione Tributaria Firenze, 2011).

Invero si presentano altri punti di torsione nel tentativo di fornire un'ermeneusi convincente del mandato traslativo:

- che cosa accadrebbe in caso di un eventuale susseguente inadempimento da parte del mandante e che sorte seguirebbe il bene all'esito del decorso del termine prescrizione ordinario.
- più problematico sarebbe ammettere la tesi dell'unicità del trasferimento. La teoria si sostanzierebbe (a meno di non voler accogliere nell'ordinamento la *causa fiduciae* quale elemento esternamente rilevante) nell'osservazione in base alla quale il mandato può consistere in un incarico fiduciario in forza del quale il mandante trasferisce il bene al mandante il quale ne farà cessione successivamente. Dato per *ius receptum* il principio in base al quale il mandato ad alienare richiede comunque due distinti trasferimenti della proprietà (dal mandante al mandatario e da costui al terzo), vi è chi ha fatto riferimento, al fine di descrivere l'operatività del relativo meccanismo giuridico, alla nozione di *pagamento traslativo* (MINERVINI, *Il mandato, la*

8) LA FIDUCIA LEGALE

Prima di chiarire che significato rivesta, nell'ordinamento italiano, il sintagma fiducia legale, è opportuno precisare alcuni passaggi, in ordine al modo con cui il negozio attributivo e i suoi effetti vengono presi in considerazione dalla dottrina. Il negozio attributivo determina un'attribuzione patrimoniale temporanea. Tale temporaneità dell'attribuzione patrimoniale, che corrisponde all'interesse economico dell'operazione, va collegata al contenuto stesso del diritto trasferito.

Secondo questa ricostruzione, allora, il concetto di fiducia legale sarebbe legato al fatto che l'ordinamento giuridico appresta degli strumenti tali, da commisurare esattamente il diritto trasferito allo scopo fiduciario. Questo concetto di fiducia legale sarebbe la negazione stessa del negozio fiduciario. Nel momento stesso in cui l'ordinamento si fa carico di disciplinare il fenomeno, non vi sarebbe spazio per l'*agere licere* di un soggetto, che decida di *committere* un *opus* all'altrui fede (cioè alla libertà di un soggetto di rivolgersi ad una persona fidata per affidargli lo svolgimento di un compito, radice stessa questa del fedecommesso di diritto romano).

In verità, sostenere che una fiducia istituzionalizzata sia la negazione del negozio fiduciario pare una petizione di principio, sia in forza della *fiducie*

commissione, la spedizione, in Trattato di dir.civ.it. cit. p.126) Dalla stipulazione del mandato deriverebbe una duplicità di obbligazioni. Il mandatario deve, conformemente all'incarico ricevuto, provvedere all'alienazione, il mandante per propria parte deve, ai sensi dell'art. 1719 cod.civ., somministrare al mandatario i mezzi necessari all'esecuzione del mandato. Proprio in riferimento al caso del mandato ad alienare, la prescrizione di detta norma si specificherebbe in un'obbligazione di trasferire al mandante il diritto sul bene. In questo senso l'atto traslativo si qualificherebbe come mero atto di adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di mandato, cioè a dire un atto (negoziale) di pagamento traslativo connotato da una causa solutoria (o meglio caratterizzato da una causa esterna, per relationem). Questa costruzione ha tra l'altro il pregio di evidenziare l'assoluta simmetria dell'ipotesi in esame rispetto a quella del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, allo stesso modo interessato da una causa esterna quanto all'atto di trasferimento del bene dal mandatario al mandante.

francese, sia invocando i tentativi dell'ordinamento italiano di introdurre il contratto di affidamento fiduciario.

A nostro avviso, sebbene questo concetto di fiducia legale non esaurisca la semantica giuridica del termine, non ne è alieno, nè costituisce una contraddizione in termini con il negozio fiduciario (per meglio dire, con la teorica del negozio fiduciario) né con le fattispecie fiduciarie riscontrabili nella prassi.

Una diversa accezione di fiducia legale è impiegata, per qualificare gli istituti regolati specificamente da norme positive, che vengono ricondotti nella semantica della fiducia, qualora presentino il *coefficiente della c.d. potestà d'abuso*.³⁹⁵

Tale constatazione nascerebbe dal fatto che, per il negozio fiduciario o per la fiducia negoziale o contrattuale, non esiste un istituto giuridico, inteso come un complesso di norme che disciplini la materia. Le ipotesi nominate esistenti dovrebbero considerarsi ipotesi di fiducia legale, come il caso dell'art.627 c.c., delle società fiduciarie e del contratto estimatorio.³⁹⁶

³⁹⁵ Contro questa ricostruzione SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 219-220 con rassegna di tutte le opzioni dottrinali sul tema.

³⁹⁶ Secondo parte della dottrina (SANTORO) è inammissibile la riconducibilità dell'art.627 c.c., alla fiducia legale. Nel caso in esame, manca il vincolo obbligatorio avente ad oggetto il compimento degli incarichi, demandato al fiduciante, che è invece il coefficiente di caratterizzazione della relazione tra fiduciante e fiduciario.

L'A. nega la riconducibilità del contratto estimatorio alla fiducia, ravvisando nel contratto in oggetto lo schema legale della vendita. p.119ss e p.220 nt.55.

Quanto al contratto estimatorio, esso viene assimilato, da una parte della dottrina al negozio fiduciario, in forza del trasferimento di proprietà operato dal tradens all'accipiens. Da alcuni, questo contratto è ascrivibile alla struttura del trasferimento di proprietà, risolutivamente condizionato, così BUCCISANO, *Contributo allo studio del contratto estimatorio*, p.81; VISALLI, *Il contratto estimatorio*, p.171.

Secondo altri, il trasferimento della proprietà non opera al momento della conclusione del negozio, ma solo a quello del pagamento del prezzo. Il contratto estimatorio viene ricondotto quindi, allo schema della vendita sospensivamente condizionata, all'evento del pagamento del prezzo che è indipendente dalla scadenza del termine fissato dalle parti per la definizione dei rapporti pendenti, di modo che il pagamento può avvenire in un momento successivo.

Deve inoltre essere rigettato un tentativo di ricondurre la fiducia esclusivamente alle applicazioni prasseologiche e a tutta quell'area che appartiene al metagiuridico. Il piano sociale e il piano giuridico non devono essere considerati antagonisti.³⁹⁷

Vi è poi l'opinione di chi ritiene che la nozione di fiducia legale debba essere adoperata *in senso negativo*, per escludere che la conformità tra il potere riconosciuto in capo al fiduciario ed il compimento delle attività a lui demandate possa venire garantita, con strumenti di coercizione legale. Questa teoria riconduce *all'adempimento spontaneo* del fiduciario il profilo discrezionale dell' *agere ex fiducia*.³⁹⁸

Secondo altra dottrina già considerata³⁹⁹ la fiducia è intesa come affidamento, non nel ritrasferimento del bene, ma prima e fondamentalmente, nel raggiungimento dei fini che il fiduciante attraverso il fiduciario o insieme a lui (a seconda che si impieghi lo schema legale della fiducia cum amico o cum creditore) vuole realizzare. In questo modo, viene riportata la centralità del programma fiduciario, contenuto nel patto, da cui discende ogni profilo attuativo, nonché la sanzione in caso di patologia del rapporto.

La differenza tra la *fiducia* e quella di un comune contratto obbligatorio consiste nel fatto che, nella fiducia, non vi è la semplice assunzione di una

In dottrina si segnala altresì ROMANO, cit. p.1310, che richiamando la natura di contratto reale, ritiene che operi in questi, come in tutti contratti reali, una concessione del diritto di disporre senza il trasferimento della proprietà. Verrebbe, pertanto, integrata una legittimazione a disporre su base possessoria, situazione che presenta un' alterità sostanziale, rispetto alla costituzione della proprietà.

La riconducibilità del contratto estimatorio al negozio fiduciario è scrutinata sui due elementi referenziali della fiducia: il trasferimento della proprietà e il contratto obbligatorio.

³⁹⁷ L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit. p. 221; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit.

³⁹⁸ Così GRASSETTI, cit. che definisce pertanto il trust estraneo alla fiducia, in quanto tipico ed afferente ad un concetto di fiducia legale.

Il diretto corollario di questa impostazione è che il fiduciante non può avere alcuna forma di tutela erga omnes, ma solo di natura obbligatoria, in forza del contratto obbligatorio con cui si struttura il *pactum fiduciae*.

³⁹⁹ SANTORO, *Il negozio fiduciario*, cit. p.222

posizione obbligatoria, ma vi è un trasferimento di proprietà, che è finalizzato proprio all'adempimento di quegli obblighi. Si tratta di un trasferimento pieno, che comporta solo un semplice limite temporale, che è sintomo non di uno stato di minorazione, bensì di strumentalità per il raggiungimento dello scopo. Pertanto un soggetto non trasferirebbe la proprietà, per raggiungere determinati obiettivi attraverso un altro soggetto, se non pensasse e confidasse nel raggiungimento di quegli obiettivi.⁴⁰⁰

Nel negozio fiduciario il pregiudizio per il fiduciante non è rappresentato tanto e soltanto dalla mancata restituzione della cosa, cui si può rimediare mediante l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di dare, ma dal mancato raggiungimento dei fini voluti, cui non si può ovviare in ragione della inesegubilità coattiva degli obblighi di fare (e anche perché il fiduciario si è rivelato soggetto non affidante, così da far decadere l'intero costruito fiduciario).

⁴⁰⁰Non si può non ravvisare, in questa impostazione, un concorso tra la subiettivizzazione della volontà del programma da parte dei contraenti e l'oggettivizzazione del profilo attuativo, che è tale solo, se attuato da un determinato soggetto (degnò di fiducia, id est il fiduciario), e in un determinato modo, che risulti affidante per il fiduciario/committente.

CAPITOLO III

LA SEPARAZIONE PATRIMONIALE

Sezione A) ordinamento francese

1.LO STATUTO DELLA PROPRIETA' FIDUCIARIA:

Per poter delineare uno statuto della proprietà fiduciaria, per effetto della *fiducie*, attenzione particolare meritano le regole di condotta del fiduciario, per le ricadute che presentano, in punto di responsabilità patrimoniale⁴⁰¹. L'articolazione di un patrimonio comporta, infatti, sempre l'emersione di un profilo di responsabilità patrimoniale, conformato alla nuova tipologia proprietaria, che viene a crearsi.

Si può pertanto sostenere che sia *la separazione patrimoniale, l'effetto immediato della fiducia*, nella sua accezione c.d. tecnica, che informa il contratto di *fiducie*, mentre, invece, *la proprietà fiduciaria costituisca l'effetto mediato*.

La definizione di cui all'art.2011 appare limitativa rispetto alle *fiducie innommee*, perché non riconosce le operazioni fiduciarie che non insistono su operazioni traslative della proprietà⁴⁰². In altri termini il legislatore ha tipizzato soltanto fiducie che si realizzano mediante un trasferimento, mentre le fiducie innominate, almeno sotto questo profilo, presenterebbero una caratteristica che vale a distinguerle dal trust: "*le transfert n'est pas de l'essence de la fiducie*".⁴⁰³

Per questo motivo, le fiducie innominate e il trust sono istituti comparabili, quando si opera un trasferimento, ma non equivalenti.

Ad esempio questo è il caso della *propriété réservée*⁴⁰⁴, che non realizza alcun trasferimento di beni dal debitore al creditore e come tale non rientra

⁴⁰¹ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.157.

⁴⁰² M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.157.

⁴⁰³ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.157.

⁴⁰⁴ Sul punto B. MALLET BRICOUT, *Fiducie et propriété*, cit. p.298ss *Selon l'article 1583 du code civil, une «vente est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit*

nel fenomeno fiduciario legalmente tipizzato per effetto della *fiducie*, nonostante la *propriété réservée*, in quanto proprietà funzionale è assimilabile alla proprietà fiduciaria.⁴⁰⁵

Esaminando invece la questione dal punto di vista della rilevanza esterna degli atti di gestione compiuti dal fiduciario sul patrimonio trasferito: il fiduciario ha il potere di agire con effetti incidenti sul patrimonio trasferito fiduciarmente.

L'*agere ex fiducia* sul patrimonio trasferito comporta che venga garantito, con un sistema di apposite regole che:

- 1) *Il fiduciario agisca ad un fine determinato dal contratto;*
- 2) *Il fiduciario agisca a vantaggio di uno o più beneficiari;*
- 3) *Agisca tenendo separato il proprio patrimonio da quello trasferito in fiducia.*

Da questo punto di vista, secondo la dottrina⁴⁰⁶ la *fiducie* presenta due caratteristiche che consentono di equipararla al trust:

- a) Il fiduciario acquista dal fiduciante un diritto di natura patrimoniale, ragione per cui il fiduciario è titolare di un potere (come il trustee

à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

Ce système présente un inconvénient majeur en cas de défaillance de l'acheteur. Le vendeur non payé ne peut revendiquer le bien vendu puisqu'il en a perdu la propriété.

Cette règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger en insérant dans leur contrat une clause réservant la propriété du vendeur jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur.

On parle de clause de réserve de propriété.

Les articles 2367 à 2372 du Code Civil traitent de la clause de réserve de propriété. Ce mécanisme consiste à retenir la propriété d'un bien en garantie jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La réserve de propriété est convenue par écrit. Le Code du Commerce (article 624-16) précise que cette clause doit intervenir au plus tard au moment de la livraison. Lorsqu'il s'agit d'un bien ne répondant pas à des spécifications particulières, la réserve de propriété peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. Même si le bien est incorporé dans un autre bien, la clause peut jouer lorsqu'ils peuvent être séparés sans subir de dommage.

⁴⁰⁵ P. CROCO, *Propriété et garantie*, in LGDJ, 1995, n.49.

⁴⁰⁶ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.158s.

deriva la propria titolarità dominicale dal disponente, salvo il caso di trust autodichiarato).

- b) Il fiduciario non è libero nell'esercizio dei diritti connessi alla sua condizione di titolare, ma è soggetto ad obbligazioni volte a limitarne l'esercizio (si richiama la disciplina della *law of trusts*, relativa al c.d. *breach of trust*).

Il patrimonio fiduciario pertanto è una proprietà finalizzata, perché destinata al compimento di uno scopo; non importa reddito per il fiduciario, in quanto, la sua gestione è a vantaggio del beneficiario; non è a lui imputabile in punto di responsabilità patrimoniale, dovendo egli tenerla separata dal patrimonio personale.

Attesa però questo rilievo meramente fattuale, non si può ignorare che in tema di trust, le regole di conservazione del trust fund, benché disciplinate dalle varie leggi regolatrici (ma quasi sempre scontando l'imprinting della legge inglese) presentano dei coefficienti di stabilizzazione e conservazione inediti per la fiducie. Si pensi all'intervento diretto dei beneficiari, sia per effetto power of advancement o del power of resettlement, nonché per l'operatività della *rule Sanders v. Vautier*.

L'Art. 2018⁴⁰⁷ n 6) *La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* indica che la proprietà

⁴⁰⁷ Art 2018 ccf. Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :

1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;

3° L'identité du ou des constituants ;

4° L'identité du ou des fiduciaires ;

5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;

fiduciaria è una proprietà finalizzata: il fiduciario detiene una serie di poteri il cui esercizio deve conformarsi allo scopo del contratto.

Il contratto deve indicare, a pena di nullità, l'estensione dei poteri d'amministrazione e disposizione sui diritti, beni e garanzie trasferite al fiduciario.

Il disposto normativo è strutturato, in modo da risolvere, in radice, la questione se il fiduciario nell'esercizio dei suoi poteri ecceda il perimetro dei poteri conferiti (in altri termini, si cerca di perimetrare l'estensione dei poteri del fiduciante e del fiduciario ed evitare la c.d. carenza di potere).

Secondo parte della dottrina⁴⁰⁸ il meccanismo di trasferimento fiduciario della proprietà comporta che costui dispone degli stessi poteri del proprietario.

Il presupposto di tale tesi insiste sul fatto che il costituente deve spogliarsi delle sue prerogative dominicali, affinché il fiduciario possa svolgere l'incarico affidatogli.⁴⁰⁹

Di contrario avviso, altra dottrina che invece ravvisa un'alterità tra l'investitura reale del fiduciario e la titolarità reale del fiduciante.⁴¹⁰

Non si può condividere, invece, la posizione di chi non ravvisa un trasferimento di proprietà nel contratto di fiducie.⁴¹¹

6° *La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.*

⁴⁰⁸ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.157s.

⁴⁰⁹ Secondo questa impostazione tradizionale C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p.548; ID, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, 1936, I, p.345; *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, cit. p.192ss; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, p.150ss.

⁴¹⁰ B. MALLET BRICOUT, *Fiducie et propriété*, cit. p.298ss

⁴¹¹ R. LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du février 2007*, in *Rèpertoire du Notariat –Dèfrenois*, 15-16/2007, p.1099-1111.

Questa pare la ragione, per cui la legge assume che i terzi possano confidare sul fatto che sul patrimonio egli abbia pieni poteri. E ciò avviene, anche se il fiduciario è tenuto ad avvisare che sta agendo nell'esecuzione di un incarico fiduciario. Nonostante il fatto, che laddove il patrimonio in fiducia comprende beni o diritti il cui trasferimento è soggetto a pubblicità, questo deve menzionare il nome e il compito del fiduciario⁴¹².

L'art.2023⁴¹³ stabilisce una presunzione:

nei rapporti con i terzi si deve presumere che il fiduciario dispone dei più ampi poteri sul patrimonio trasmesso.

In conseguenza di questo:

- L'obbligo di rendere edotti i terzi, che si sta agendo in qualità di fiduciario, non onera i terzi medesimi dal chiedere l'ostensione dei suoi poteri;
- L'adempimento pubblicitario non implica conoscibilità dei poteri del fiduciario;
- Gli atti posti in essere sono validi e producono effetto sul patrimonio trasmesso, salvo che il fiduciante non dimostri che i terzi erano a conoscenza delle limitazioni contratte dal fiduciario, nell'esercizio dei suoi poteri.
- Per invalidare l'atto compiuto, in carenza dei poteri, deve essere dimostrata la conoscenza, che i terzi avevano della limitazione dei poteri stessi.

⁴¹² M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.158.

⁴¹³ Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 *Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.*

Spetta pertanto alle clausole contrattuali il compito di fornire un esatto riscontro, in punto di disciplina, circa i poteri del fiduciario.

Le regole di pubblicità adottate non implicano opponibilità dei limiti ai poteri attribuiti al fiduciario, con la conseguenza che costui è in grado di potere recare un detrimento al patrimonio fiduciario⁴¹⁴. In questo caso, il fiduciante avrà solo un'azione personale nei suoi confronti.

Il compimento di atti del fiduciario al di fuori dei poteri convenzionalmente stabiliti oppure il mancato rispetto della *due diligence* integra gli estremi di una mala gestio⁴¹⁵.

Si applica in conseguenza l'art.2026⁴¹⁶: il fiduciario risponde con il proprio patrimonio dei danni commessi sul patrimonio del fiduciante nello svolgimento del programma negoziale.

Ai sensi dell'art.2022⁴¹⁷: è possibile rafforzare, in via contrattuale, i poteri di controllo dell'azione del fiduciario. Al contratto sono rimesse la definizione delle condizioni di rendicontazione del fiduciario al costituente.

⁴¹⁴ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.158-9.

⁴¹⁵ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.159.

⁴¹⁶ Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.*

⁴¹⁷ Article 2022 Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant.

Toutefois, lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle, le fiduciaire rend compte de sa mission au tuteur à la demande de ce dernier au moins une fois par an, sans préjudice de la périodicité fixée par le contrat. Lorsque pendant l'exécution du contrat le constituant fait l'objet d'une mesure de curatelle, le fiduciaire rend compte de sa mission, dans les mêmes conditions, au constituant et à son

Ai sensi dell'art.2022 comma 3: l'attività di rendicontazione deve essere adempiuta a richiesta del costituente o del terzo, altrimenti, secondo la periodicità fissata dal contratto. Tali obblighi si sommano a quelli legalmente stabiliti qualora il costituente o il fiduciante venga sottoposto ad una misura di tutela o di curatela.

Il più incisivo potere di controllo è rappresentato dalla revoca dell'incarico (che in realtà costituisce un vero e proprio potere interdittivo).

La natura del contratto fiduciario lascia però intendere che l'incarico deve ritenersi irrevocabile (*ratione materiae*).

Sostituire il fiduciario non è semplice.

Il fiduciario è un soggetto organizzato professionale, che svolge tale incarico a titolo oneroso. La revoca ad nutum sarebbe non giustificabile, non solo con la natura professionale del fiduciario, ma proprio rispetto alla natura fiduciaria dell'operazione, irrimediabilmente compromessa se si ritenesse l'incarico revocabile⁴¹⁸.

La revoca dovrebbe, altresì, essere, a priori, esclusa se il fiduciario sia beneficiario.

Un potere del genere può essere contrattualmente stabilito, ma allora ci si deve chiedere se si possa ancora parlare di contratto fiduciario:⁴¹⁹ infatti sarebbe implicita una dichiarazione secondo cui il fiduciario non è soggetto pienamente affidante.

curateur.

Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon la périodicité fixée par le contrat

⁴¹⁸ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.158-9s.

⁴¹⁹ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.158-9s.

L'art.2027⁴²⁰ prevede la possibilità di addivenire alla nomina di un fiduciario provvisorio o provvedere alla sostituzione del fiduciario, tramite ricorso al giudice, in difetto di previsione contrattuale espressa.

Gli altri casi di ricorso al giudice sono sintetizzabili nei casi in cui:

- Il fiduciario contravvenga ai suoi doveri
- Il fiduciario pone in pericolo gli interessi affidati (in questo caso si darà corso ad un'azione preventiva);
- Il fiduciario è interessato da un'azione di *redressement* o *sauvegarde*

A far data dalla domanda, la decisione del giudice che la considera ammissibile comporta sottrazione e trasferimento del patrimonio in favore del sostituito (si tratta quindi di un ricorso conservativo e d'urgenza).

2)L'AGERE EX FIDUCIA E L'AGERE AU PROFIT

La *fiducie* è un'operazione in cui il fiduciario assume il potere di agire *au profit di uno o più beneficiari*.

Questo risultato è ottenuto, in base alla circostanza che il costituente si spoglia di uno o più poteri di gestione sul proprio patrimonio e li affida al fiduciario. Il patrimonio fiduciario è gestito, affinché il vantaggio sia rivolto al terzo beneficiario.

⁴²⁰ Article 2027Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.

Dal punto di vista letterale, la dizione *au profit* è direttamente riconducibile al contratto a favore di terzo di cui all'art.1121.

Non è possibile però rinvenire una vera e propria analogia strutturale con il contratto a favore di terzo, se non nel lato significato, secondo cui il costituente trasferisce un patrimonio, che sarà successivamente ritrasferito ad un terzo. L'assimilazione empirica è più agevole, se si verte nel caso di *fiducie suretè*, per soddisfare l'interesse ad una garanzia sul credito di cui il beneficiario della *fiducie* è titolare⁴²¹.

La tesi del doppio trasferimento trascura la cifra determinante, dell'agere ex *fiducia*: *l'obbligo di provvedere alla gestione proficua di un patrimonio i cui effetti ricadranno sul terzo*. E' la gestione, non il trasferimento, che va a profitto del terzo beneficiario.

La legge rileva l'interesse del costituente contrapposto al vantaggio del terzo beneficiario della *fiducie*:

l'art.2013 distingue l'interesse liberale, causa della nullità dal vantaggio del beneficiario;

l'art.2017 prevede che il costituente ha sempre facoltà di designare un terzo incaricato di assicurarsi, che siano preservati i suoi interessi, che, in linea di principio, sono contrapposti a quelli del beneficiario, come nel caso di *fiducie –suretè*;

l'art.2018 riconosce l'interesse del costituente a conservare l'uso o il godimento dell'azienda o dell'immobile, ad uso professionale, conferito in *fiducie*.

Le conseguenze di tale impostazione assumono una rilevanza dirimente, nel senso che il contratto fiduciario presenta una *valenza protettiva nei confronti del terzo beneficiario*. Il vantaggio risiede nel fatto puro e semplice che la valorizzazione dipende dall'attività di gestione professionale compiuta dal fiduciario, dunque dal compimento del suo

⁴²¹ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.159ss.

programma negoziale, *au profit* del terzo beneficiario. Correlativamente la gestione fiduciaria non potrà mai provocare una responsabilità personale del beneficiario per i debiti contratti in corso di rapporto.

L'Art. 2028⁴²²: stabilisce gli effetti dell'accettazione del beneficiario: 1) è rendere irrevocabile la stipulazione operata in suo favore; secondo parte della dottrina⁴²³ la lettera dell'art. 2028, male si esprime laddove ritiene che una volta accettato dal beneficiario "*le contract ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice*". Il termine *revoqué* infatti è ridondante, a meno di non voler dire che fino all'accettazione del beneficiario, il costituente ha un potere di revoca nei confronti del fiduciario.

2) la modifica del contratto potrà essere intrapresa solo con l'accordo del beneficiario o mediante decisione del giudice⁴²⁴, modifica che potrebbe, ad avviso di alcuni, rivelarsi problematica in caso di cessione di un bene a titolo di garanzia.⁴²⁵

La legge richiede al beneficiario di accettare e non semplicemente di volerne profittare ex art. 1121.

Secondo parte della dottrina, anche l'idea per cui nonostante l'accettazione, il beneficiario non diventa parte del contratto, potrebbe essere messa in discussione.⁴²⁶ Ammesso poi che si ritenga terzo, rispetto al contratto, il

⁴²² Article 2028 Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007

Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.

Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

⁴²³ Così testualmente D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.160.

⁴²⁴ Y. EMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie*, cit. p.59.

⁴²⁵ F. BARRIERE, *La fiducie sûreté*, cit.p.11.

⁴²⁶ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.161.

beneficiario ha delle prerogative direttamente spendibili, in sede di esecuzione del rapporto. E' titolare di potere di interdizione nei confronti del costituente, in ordine a modifiche del contratto e per legge può esercitare alcuni poteri di controllo e precisamente:

a) quelli previsti dall'ultimo comma art.2022, nella parte in cui si stabilisce che il fiduciario ha l'obbligo di rendere conto dei suoi compiti anche al beneficiario o al terzo designato dall'art.2017. Il contratto interviene solo per stabilire la cadenza della rendicontazione, che, in mancanza, la legge subordina alla semplice richiesta dell'interessato. Inoltre laddove il fiduciario sia interessato da una procedura di salvaguardia o sia assoggettato ad amministrazione controllata, l'art.2027 attribuisce anche al beneficiario, oltre che al costituente ed all'eventuale protector, la possibilità di *demandeur en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire*".

Il contratto fiduciario sarebbe, secondo questa ricostruzione un contratto con effetti protettivi a favore di terzi. Dal momento della stipulazione, il fiduciario è il vero *dominus* dell'interesse del beneficiario. A tali condizioni il fiduciario si potrebbe anche contrapporre, alla possibile iniziativa del costituente che voglia revocare o modificare il contratto in senso peggiorativo dell'interesse di protezione del terzo beneficiario.

Tale ricostruzione pare importante anche per valutare il possibile conflitto di interessi, in cui potrebbe incorrere il fiduciario, dovendo in questo senso specifico aversi riguardo all'interesse del terzo beneficiario, non necessariamente del costituente: si pensi alle valutazioni inerenti lo sviamento di potere⁴²⁷, le quali dovranno essere formulate considerando l'interesse del beneficiario.

⁴²⁷ l'espressione è di M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.161. non ci pare però delle più felici, dal momento che più che di sviamento di potere si dovrebbe parlare di conflitto di interessi.

La dottrina⁴²⁸ segnala come questo profilo sia ben presente nel trust, nel senso che il trustee non può sfruttare la posizione di potere a suo vantaggio o causare danno al beneficiario, nel qual caso costui può citare il fiduciario per *breach of trust*.

Secondo questa ricostruzione, sarebbe l'interesse del beneficiario a divenire il precetto e regola di condotta di tutto *l'agere* del fiduciario. Tale valutazione, in termini assolutistici, dell'interesse del beneficiario potrebbe indurre il fiduciario a contrapporsi ad azioni del costituente, che inibiscano il raggiungimento dello scopo della fiducie.⁴²⁹

In realtà, questa impostazione ci pare peccata eccessivamente per uno sbilanciamento in favore dei poteri del fiduciario.

Riteniamo, infatti, di aderire alla ricostruzione secondo cui la *fiducie* sia un contratto con effetti protettivi nei confronti del beneficiario. Tuttavia tali obblighi di protezione devono essere calibrati, con la vigenza di altrettanti obblighi di protezione gravanti in capo a fiduciante e fiduciario. Richiamando per principi la disciplina dell'*obligation de securite*, il primo profilo di conflittualità, che si presenta, nella gestione del programma, fiduciario è tra fiduciante e fiduciario e non tra fiduciante e beneficiario.

L'interesse del fiduciante/costituente è quello di attuare il programma affidato, ma con le modalità previste nell'intesa base.

Il contratto di fiducie si presta a recepire una pluralità di norme dispositive che regolano il rapporto.

⁴²⁸ Y. EMERICH, *Les fondaments conceptuels de la fiducie*, cit. p.59.

⁴²⁹ Così D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.161. secondo cui "Il fiduciario dovrebbe rifiutarsi di compiere un atto che sebbene rientri tra i suoi poteri, importi nocumento al patrimonio. Nel caso lo facesse, potrebbe rispondere di danno nei confronti del beneficiario, che è il soggetto realmente pregiudicato, così come si dovrebbe ammettere la possibilità di recedere del fiduciario laddove il contratto così come congegnato nel corso dei 99 anni, sia necessitante di una manutenzione, senza la quale l'interesse del terzo non potrebbe essere perseguito".

Attesa poi la tipologia di separazione patrimoniale della *fiducie*, che come vedremo non esclude la responsabilità del costituente, si corre il rischio che la *fiducie* dia corso ad un rapporto in cui il fiduciante, temendo di dover rispondere per i rischi dell'affare, dedotto in *fiducie*, eserciterà un penetrante controllo sull'attività del fiduciario, compromettendone l'autonomia gestionale.

In una situazione di tal fatta, pare difficile che il fiduciario possa opporsi al fiduciante, specie se si controverta non tanto su di un eventuale contegno lesivo del costituente, in danno del beneficiario, quanto sulle modalità attuative dell'interesse medesimo. Il giudizio sulle modalità attuative, del resto, può essere condotto solo con un *modello di prognosi postuma*. Infatti, diventa complesso definire se il fiduciario sia affidante, come stabilito ex pacto, se non all'esito del rapporto. Per questa ragione, il costituente timoroso si affiderà ad un contratto di *fiducie* particolarmente dettagliato, con una conseguente contrazione *dell'agere* del fiduciario.

3)IL PATRIMOINE D'AFFECTION

Viene introdotto ora il tema della rilevanza esterna degli atti del fiduciario e degli effetti reali del patto, attraverso lo scrutinio della categoria referenziale del patrimoine d'affectation.

Ai sensi dell'art. 2011⁴³⁰:

- a) Il costituente trasferisce la proprietà dei beni;

⁴³⁰ Article 2011Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF 21 février 2007 La *fiducie* est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

b) Il fiduciario agisce su tali beni, tenendoli separati dal proprio patrimonio.

Questi due elementi costituiscono le due coordinate, con cui si mira a segregare, salvo alcune limitazioni, i beni fiduciati dal patrimonio personale del fiduciario.

Da un punto di vista economico, la *fiducie* è un contratto di servizio, che si compie per mezzo del trasferimento di un patrimonio dal fiduciante al fiduciario⁴³¹.

Si registra un problema di compatibilità sistematica con l'art. 543 *:on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre*”;

e con l'art.2284 *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*

La proprietà che il fiduciario acquisisce non è assimilabile alla proprietà ordinaria, sotto vari punti di vista:

- I suoi poteri non sono assoluti, ma variamente limitati nell'interesse di un terzo
- Tale patrimonio non fa parte della garanzia generale a lui riferibile.

In dottrina, si ritiene che sia un *patrimoine d'affectation*. Si noti che nella definizione di *fiducie* non si parla di *patrimoine d'affectation*. Anzi di *patrimoine d'affectation* si parla solo nell'art.12 della legge istitutiva, laddove si stabiliscono le disposizioni contabili che integrano il codice generale delle imposte e non si attribuisce un ruolo generale a tale menzione.⁴³²

⁴³¹ *Transfert de propriété ou transfert de jouissance, telle est la question. La qualification de propriété fiduciaire est donc à relativiser*

⁴³² Y. EMERICH, *Les fondaments conceptuels de la fiducie*, cit. p.63.

Si parla piuttosto di *patrimoine fiduciaire* agli artt. 2021, 2023 2025 2031, ovvero tutte le regole che segnano questo patrimonio nei suoi momenti fondamentali.

Infatti la dottrina francese⁴³³ si esprime in questi termini: *La propriété fiduciaire n'est pas la propriété ordinaire de l'article 544 du Code civil. Saleilles considérait ainsi qu'il fallait «recréer de toutes pièces la propriété fiduciaire dans notre droit».*

Pour admettre l'idée même de propriété fiduciaire, il convient de repenser le concept de propriété à l'aune de ses attributs et de ses caractères. Cette qualification est critiquable, malgré nombreuses atteintes au droit de propriété existant en droit positif. Par ailleurs, le développement de la finance islamique en droit français est difficile en raison du démembrement de la propriété fiduciaire, symptomatique d'une entorse réelle au droit de propriété⁴³⁴.*

Con *p.d.a* si designa un concetto dogmatico, ovvero un patrimonio destinato ad uno scopo, in contrapposizione alla concezione personalistica della proprietà. Quindi ciò si traduce in un particolare regime giuridico degli elementi attivi e passivi, facenti parte del patrimonio. Essi entrano nel patrimonio di un soggetto, in condizioni di

⁴³³ R. SALEILLES, « *De la personnalité juridique, Histoires et théories, Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques* », préf. H. CAPITANT, 2ème édition, Rousseau 1922, p. 496.

⁴³⁴ Parmi les nombreuses atteintes au droit de propriété, on peut citer notamment l'expropriation pour cause d'utilité publique (l'article 545 du Code civil précise que « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité »), les démembrements de propriété tels que l'usufruit ou les servitudes.

segregazione reale, rispetto al proprio patrimonio personale, proprio in quanto destinato ad uno scopo⁴³⁵.

Al tempo stesso, questo concetto seleziona una serie di regole che individuano i diritti di una particolare categoria di creditori, ovvero i titolari di quelli nati dalla conservazione o dalla gestione dello stesso patrimonio, in quanto distinti dai creditori originari del costituente e dai creditori personali del fiduciario.

I creditori personali del fiduciario non possono aggredire tali beni né sono coinvolti nel fallimento personale del fiduciario. In caso di confusione questi beni possono essere recuperati.

4.IL PATRIMOINE FIDUCIAIRE

Nel corso dell'analisi ci si accorge che il patrimoine fiduciaire è differente dal patrimoine d'affectation. Viene altresì a delinearsi un patrimonio d'affectation variamente permeabile.

Ai sensi dell'art. 2025:*le patrimoine fiduciaire ne peut etre saisi que par les titulaires de creances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine*".

Tuttavia scelte disciplinari ispirate all'esigenza di tutela di un particolare creditore, l'amministrazione pubblica, hanno lasciato varie strade per superare la segregazione patrimoniale, tanto a favore dei creditori personali del costituente, quanto in favore di quelli personali del fiduciario.

⁴³⁵ M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.162s.

Ai sensi dell'art.2025: per quanto riguarda i creditori originari del costituente, si individuano due ipotesi in cui i diritti esclusivi dei creditori fiduciari devono essere sacrificati rispetto ai primi:

- 1) Vi è una regola di soluzione di conflitto, secondo la quale prevalgono i diritti di coloro che sono titolari di un diritto reale di garanzia, il cui titolo risulta pubblicato anteriormente alla stipula del contratto di fiducia.
- 2) Vi è poi una regola di esclusione generale determinata dalla frode dei diritti e dalla tutela dei creditori del costituente.
- 3) Nel caso in cui il patrimonio della *fiducie* sia incapiente, i creditori della *fiducie* possono soddisfarsi su un patrimonio sussidiario, quello del costituente e quello del fiduciario, concorrendo con i creditori personali del costituente o del fiduciario.
- 4) Tutto ciò è derogabile, purchè sia stabilito espressamente nel contratto di *fiducie*: le parti possono stabilire che il creditore della *fiducie* debba limitare le sue pretese esclusivamente sul patrimonio fiduciario: i terzi possono concorrere sul patrimonio personale del fiduciario⁴³⁶.
- 5) Il che vale a dire anche nel contratto fiduciario il costituente può vincolare il fiduciario a contrattare solo con terzi che accettino tale limitazione dei loro diritti. Secondo BARRIERE⁴³⁷, è altresì plausibile la possibilità che il fiduciario accetti di divenire fideiussore in via sussidiaria e previo beneficio di escussione del costituente.

La responsabilità sussidiaria del costituente non è solo determinante nel configurare il patrimonio fiduciario come istituto fievole, ma altresì induce una situazione di segmentazione delle classi creditrici.

Posto che il patrimonio del costituente è sussidiariamente responsabile dei crediti nascenti dalla *fiducie*, costui avrà tutto l'interesse a mantenere

⁴³⁶ Così testualmente M. D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit.p.163s.

⁴³⁷ Quindi secondo E.BARRIERE, *La fiducie sarete*, cit. ritiene che tale limitazione non sia dissuasiva circa l'impiego dell'istituto. Contra D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.164.

alto il livello di ingerenza nei confronti dell'attività del fiduciario, il che va a detrimento della reale operatività dell'istituto.⁴³⁸

La condizione di separazione si regge sul dovere del fiduciario, previsto dall'art.2011, di tenere il patrimonio fiduciariamente trasmesso separato dal patrimonio proprio (il c.d. divieto di confusione di patrimoni).

Per quanto il codice non ne faccia espressa menzione, è evidente che una simile regola di esclusione dei creditori personali del fiduciario resiste, a condizione che il patrimonio oggetto della fiducia sia oggetto di contabilità autonoma presso il fiduciario⁴³⁹.

L'art.12 della legge istitutiva della fiducie opportunamente lo ricorda.

Si tratta di un adempimento fondamentale a carico del fiduciario senza il quale si ingenera il fenomeno della confusione di patrimoni, con evidente retrocessione delle garanzie dei creditori fiduciari.

Tale specificazione risulta massimamente importante nell'ipotesi di fallimento del fiduciario.

Ai sensi dell'art.2024 l'apertura di una procedura collettiva nei confronti del fiduciario non coinvolge il patrimonio oggetto della fiducia. Questa regola è destinata ad essere inoperante qualora le regole di contabilità non siano rispettate. La confusione di patrimoni determina pertanto una causa di estinzione della *fiducie*, con conseguente ridelineazione dei profili di responsabilità in capo al fiduciante e al fiduciario. Si può sostenere che si produca una situazione analoga a quella che il diritto anglo-americano definisce di c.d. *piercing the corporate veil*, in caso di violazione delle norme di separazione patrimoniale, nel contesto del diritto societario.

Il creditore della *fiducie* ha diritto di esercitare diritti esclusivi e principali.

⁴³⁸ D'AURIA, *op. cit.* p.164.

⁴³⁹ Così testualmente D'AURIA, *op. cit.* p.164.

Il problema non sorge quanto il fiduciario agisce nel corso della *mission* e manifestando tale sua qualità ai terzi, secondo quando stabilito nell'art.2021⁴⁴⁰.

Non è chiaro che cosa succeda nell'ipotesi in cui il fiduciario, disponendo dei diritti a lui fiduciariamente trasferiti, in esecuzione della missione ometta di menzionare che si sta agendo per conto del fiduciante. Lo stesso problema si pone, quando è omesso l'adempimento pubblicitario dei beni, di cui il fiduciario dispone a titolo di servizio.⁴⁴¹

L'omessa comunicazione produce delle conseguenze che possono essere pregiudizievoli per il terzo. Egli non ha avuto così la possibilità di verificare i poteri del fiduciario, in principio della contrattazione.

Ci si chiede se tale menzione possa essere un elemento necessario della fattispecie costitutiva dello status di creditore fiduciario. In difetto di consapevolezza che si sta contrattando con un fiduciario nell'esecuzione dell'incarico, verrebbe meno anche lo status specifico. Il pregiudizio sarebbe però di non poco momento dal momento che il creditore verrebbe a trovarsi privo di alcun diritto sul patrimonio fiduciario e potrà soddisfarsi in via diretta solo sul patrimonio personale del fiduciario⁴⁴².

5.LA NATURA DI CONTRATTO AD EFFETTI REALI DELLA FIDUCIE. LA GENESI DELL'OPZIONE DOGMATICA:UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA.

Nel corso della nostra indagine abbiamo ritenuto opportuno ripercorrere la tripartizione dei modelli di trasferimento della proprietà negli attuali diritti codificati europei. Questa riflessione ci pare necessaria per comprendere la ratio sottesa ad una simile strutturazione della *fiducie*, allorquando il

⁴⁴⁰ D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.164.

⁴⁴¹ D'AURIA, *cit. ibidem*.

⁴⁴² D'AURIA, *Il contratto fiduciario*, cit. p.164.

legislatore francese si propone di introdurre un modello fiduciario nella pretesa competitività con il trust.

Il trasferimento della proprietà si presenta infatti strutturato, nel diritto continentale secondo tre diversi modelli: quello del trasferimento causale, quello del trasferimento astratto e quello del principio consensualistico, che si fonda sull'effetto reale del contratto⁴⁴³.

I primi dei due modelli sono informati al criterio, secondo cui, per il trasferimento della proprietà di una cosa, è necessario un atto di trasferimento, che appartenga esclusivamente alla materia dei diritti reali⁴⁴⁴: la tradizione della cosa, per la generalità dei mobili e l'iscrizione nei pubblici registri del susseguirsi delle vicende giuridiche per gli immobili e i mobili assoggettati allo stesso regime, come autoveicoli navi e aeromobili.

Il primo modello, quello del trasferimento causale comporta che l'effetto traslativo della proprietà si produca, per effetto dell'atto di trasferimento solo se questo sia munito di causa⁴⁴⁵, e cioè avvenga sulla base di un accordo tra le parti, che stabilisca la ragione dell'atto traslativo.⁴⁴⁶

⁴⁴³ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, Torino 2005, p.9ss.

⁴⁴⁴ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, p.10s.

⁴⁴⁵ Secondo C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. p.10s., il carattere causale della tradizione risultava in particolare dal testo seguente

D.43.1.31 Pr. (*Paul. 31 ad ed*)

Numquam nuda tradito transfert dominus, ùsed ita si venditio aut aliqua giusta causa praecesserit, propter qual tradito sequeretur.

Sulla base di questo testo e di altri orientamenti nello stesso modo e in particolare I.2.1.41, i giuristi dell'epoca intermedia costruirono una dottrina dell'acquisto a titolo derivativo della proprietà, che fu enunciata compiutamente in Germania a partire del secolo XVI, ma che nella sostanza domina tutto il pensiero di quella giurisprudenza, a partire dai Glossatori. Secondo questa concezione, l'acquisto della proprietà va ricondotto a due cause: una causa proxima, che corrisponde, al *modus* cioè all'atto esteriore che realizza l'acquisto, *la traditio*, una *causa remota* che corrisponde al *titulus* per cui l'acquisto avviene cioè da iusta

Il secondo modello, del trasferimento astratto che si contrappone al primo è proprio del BGB tedesco del 1900. In base a questo, *l'atto di trasferimento produce i suoi effetti indipendentemente dall'esistenza di una giusta causa.*

Il terzo modello, quello dell'effetto reale del contratto, che fu introdotto nel Code Civile francese del 1804 (c.c.fr art.711; 1138;1583) costituisce un'espressione esponenziale del trasferimento causale: l'accordo causale vi risulta sufficiente a produrre l'effetto traslativo. Il modello francese è stato adottato con diversa e corretta enunciazione nei codici italiani del 1865 (art.1125) e del 1942 (art. 922 e 1376).

Abbiamo così ripercorso i passaggi evolutivi dei singoli modelli, limitatamente ai nostri fini ricostruttivi. Segnatamente si evidenzia che il primo modello di trasferimento causale proviene dal diritto comune, dove esso rappresentava il portato di un procedimento di recezione delle fonti romane⁴⁴⁷

causa. L'ALR e l'ABGB codificarono dunque questa dottrina. (così testualmente C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. p.10ss).

⁴⁴⁶ Fornendo pertanto la giustificazione dell'atto in base ai principi dell'ordinamento. La dottrina individua nel controllo causale, quindi, il controllo dell'ordinamento, in punto di liceità e meritevolezza. Siamo ancora in una fase in cui il controllo causale si riverbera in un controllo sul tipo. Questo modo di trasferimento della proprietà era già presente nell'ALR prussiano del 1974 e poi fu adottato dall'ABGB austriaco del 1811. E' altresì rinvenibile nel diritto svizzero, anche se non è espresso nel ZGB del 1912, dove della giusta causa non si fa parola, ma partendo dalla disposizione dell'art.974 del ZGB, il principio del trasferimento causale fu stabilito nel 1929 dalla sentenza Grimm (Grimm gegen Konkursmasse Naef, 29 novembre 1929, in BGE 55II, 302) cfr. C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. p.14.

⁴⁴⁷ Il diritto romano classico presentava una prospettiva piuttosto articolata, che non contemplava come modello base il trasferimento causale della proprietà, perché questo era proprio solo del trasferimento delle res nec mancipi, effettuato mediante tradito, mentre il trasferimento della proprietà delle res mancipi si effettuava con la *mancipatio*, che era un negozio astratto. C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. p.10.
In origine la *mancipatio* era un negozio causale: non si trattava di un atto traslativo della proprietà, ma di un atto negoziale formale di compravendita a contanti con effetto reale, e nella forma dell'atto il suo carattere di compravendita era evidente. Negozio astratto la

I giuristi medievali trovavano, esercitando una rilettura che in via di approssimazione possiamo definire acritica del Corpus Iuris, (quindi senza preoccuparsi di discernere quanto fosse il risultato delle riforme giustinianee e dell'opera dei compilatori e quanto appartenesse all'impostazione del diritto romano classico), la *traditio* come modo di trasferimento della proprietà.⁴⁴⁸

B) Il secondo modello quello del trasferimento astratto, che è introdotto dal BGB tedesco, proviene dalla dottrina pandettistica, ma non secondo una costruzione lineare. Si deve il suo avvento alla presa di posizione critica dell' *Obligationenrecht* di C.F.von Savigny, nella quale l'autore, fondatore della scuola storica tedesca sottoponeva a revisione la dottrina del *titulus* e del *modus* e proponeva una lettura critica delle fonti romane. L'a. non

mancipatio divenne quando essendo stato creato nel III ecc. a.C. dalla giurisprudenza il contratto consensuale obbligatorio di compravendita, la *mancipatio* continuò ad essere utilizzata come semplice atto traslativo della proprietà.

E' questo il caso della *mancipatio* intesa come negozio *imaginarius* (immaginaria vendita), in cui per effetto del formalismo intrinseco ed assorbente l'effetto giuridico viene ricollegato direttamente alla forma dell'atto, realizzando ed integrando cause diverse (la *mancipatio* si eseguiva senza effettuare nel contesto dell'atto, anche il pagamento del prezzo, che veniva ridotto, per soddisfare le esigenze di forma alla irrisoria prestazione di una somma di denaro simbolica – c.d. *mancipatio nummo uno*). Di conseguenza come immaginaria vendita potè essere utilizzata per trasferire la proprietà di *res mancipi* per un titolo diverso dalla vendita, in particolare come donazione o trasferimento fiduciario (*mancipatio fiduciae causa*).

Al termine di questo percorso, in linea con l'evoluzione propria dei c. d. Negozi immaginari la *mancipatio* venne ad assumere la funzione che negli ordinamenti moderni che non conoscono l'effetto reale del contratto viene affidata all'iscrizione nei pubblici registri (C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.11): essa era infatti l'atto traslativo della proprietà per gli immobili siti *in solo italico* e per beni di valore considerevole per la Civitas, che pertanto attraverso la pubblicità associata al formalismo dell'atto ne effettuava un controllo di legalità

Vi era altresì un altro strumento di trasferimento della proprietà: l' *in iure cessio*, più recente della *mancipatio*, che era un atto astratto idoneo a trasferire la proprietà di *res mancipi e nec mancipi* ed a costituire diritti reali di cosa altrui, anch'essa assicurava una sufficiente pubblicità in quanto concepita in forma di processo fittizio. Anche questo istituto subì la sorte dei negozi immaginari, divenendo una *lis imaginaria*, idonea a trasferire beni per cause di ordine diverso.

⁴⁴⁸ In realtà la *traditio* romana era sì in negozio causale, ma a causa variabile. Questo però non era un dato che rilevasse particolarmente per i giuristi dell'età intermedia.

avverte o comunque non ritiene di approfondire il portato originario delle fonti romane, che era stato oggetto di una distorsione nel diritto intermedio.⁴⁴⁹ In particolare, la dottrina del *titulus* e del *modus* nella sua

⁴⁴⁹ CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, I, cit. p.13ss effettua una interessante ricostruzione di come le fonti abbiano recepito la trasizione romanistica per fondare il congegno normativo che presiede al trasferimento astratto della proprietà, che riportiamo in questa sede per sommi capi. La ragione dell'exkursus risiede nell'esigenza di censire per differentiam le opzioni dogmatiche che hanno segnato l'ingresso nella tradizione codicistica francese del principio consensualistico e che ritroviamo edite nella c.d. istituzionalizzazione della *fiducie*, che al netto di una pretesa competitività con il modello anglo-americano, tradisce la riproposizione di schemi legali tradizionali.

Mello specifico l'A. riferisce che se la traditio solutoria ha causa nell'obbligazione di dare, mancando l'obbligazione tale traditio manca di causa e quindi la traditio essendo un negozio causale, la proprietà di quanto pagato non passa all'accipiens. Per il recupero della cosa il dans dispone della reivindicatio e non dell'azione personale per la restituzione.

Questa considerazione compare nella glossa accursiana, riferita alle parole *iusta causa* del passo di Paolo (D.41.1.31pr) si evince l'affermazione del carattere causale della traditio (CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, I, cit. p.18):

Gl.*iusta causa* ad D.41.1.31pr: '*iusta causa*' vera vel putativa.alioquin, id est si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de conditione indebiti repugnaret.qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa...

"Leggendo nelle fonti successive, si vede chiaramente che l'ammissione della traditio basata su di una causa putativa portò-come inevitabilmente doveva portare-alla traditio astratta. In un passo del commentario di Baldo degli Ubaldi (1327-1400) si trova la spiegazione dommatica di questa metamorfosi concettuale"(CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, I, cit. p.19):

BALDUS super C.4.50.6: *Dominium autem potest transferri ex contractu putativo.nam proprie loquendo non trnsfertur ex contractu:sed ex consensu propter contractum. Ita quod causa immediata id est consensus in translatione dominii est sufficiens ad dominium transferendum.*

"La proprietà può trasferirsi sulla base di un contratto putativo; infatti a dir le cose come sono in realtà il trasferimento non avviene sulla base di un contratto, bensì del consenso manifestato dalle parti in vista del contratto: e ciò perché la causa immediata e cioè il

consenso sul trasferimento della proprietà è sufficiente per trasferire la proprietà”(traduz. del passo: CANNATA ,*Fondamenti del diritto europeo, I*, cit. p.19)

Il *consensus propter contractum* di BALDO sostituisce l'accordo solutorio romano: ma nell'accezione di accordo sul trasferimento della proprietà. (CANNATA ,*Fondamenti del diritto europeo, I*, cit. p.19).

La prospettiva di Baldo fu portata a compimento, fino a determinare la corrente ricostruzione del trasferimento astratto, dai più grandi sistematici del XVI secolo Hugues Doneau, nei suoi *Commentarii iuris civilis* (1589/90). CANNATA ,*Fondamenti del diritto europeo, I*, cit. p.209

DONELLUS, Comm. IV, 16, 9 (a. 1589-1590): Haec ipsa ratio nos admonet, quoti dicitur, iustamcausam praecedere debere, ex qua traditio domini sequatur, sic accipiendum esse, ut nihil intersit, utrum praecedat re vera, an opinione tradentis. Nam si caussa praecedens requiritur solum ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vera causa non subesset: si tradiderit, nihilominus transtulisse. Semper enim manet voluntas, quam ratam haberi oportet. Et si causam ad probationem tantum exigitur: quo alio modo probetur voluntas, ad rem nihil pertinet.

*La critica del DONELLO aveva inizio nel precedente paragrafo 8 e a quel che ivi si diceva egli si riferisce con le parole iniziali haec ipsa ratio ovvero questo ragionamento, il quale scrive Donello ci avverte che la proposizione secondo la quale la giusta causa deve sussistere perché trasferisca la proprietà deve essere intesa nel modo seguente: che non ha nessuna importanza se la causa esiste in effetti o solo nella convinzione di chi fa la traditio. Infatti se l'essenza della causa è richiesta solo perché si possa stabilire che il tradente ha la volontà di trasferire, si deve concludere che in qualunque altro modo risulti che uno ha voluto trasferire la propria cosa, anche se una causa reale non sussista, quegli l'avrà comunque trasferita. Sussiste infatti la volontà di trasferire che si deve rispettare” così CANNATA ,*Fondamenti del diritto europeo, I*, cit. p.20.*

Di conseguenza:

- 1) La funzione della causa è solo ai fini della prova della volontà di trasferire
- 2) tale volontà sia invece deve essere provata in qualunque altro modo, secondo quella che è la prospettiva Savigny.(così Robert –Joseph Pothier (1999-1772), che ne scriveva nel suo trattato sulla *condictio indebiti*:In seguito Robert –Joseph Pothier (1999-1772), nel suo trattato sulla *condictio indebiti* sosteneva l'idea che per l'efficacia traslativa della traditio sia necessario e sufficiente un accordo di tradens e accipiens sul trasferimento

POTHIER, *traité de l'action condictio indebiti*, n.178: *celui, qui paie à quell'un, par erreur, une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait; celui à qui est payée, a pareillememet la volonté d'èn aquerir le domaine. Ce concours de leurs volontès suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriètè.*

“Il Pothier rappresentava, per gli autori del Code civil il massimo rappresentante della tradizione giuridica francese: ma non furono loro a seguirlo su questo punto; la sua idea pervenne alla Pandettistica: il concours de leurs volontes, che “suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriètè” altro non è che il dinglicher Vertrag del Savigny.” testualmente CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo*, I, cit. p.21”.

Le considerazioni precedentemente svolte ci introducono brevemente ad un rilievo comparatistico per così dire collaterale. Mentre in Francia si è addivenuti al sistema della fiducie, proprio su base consensualistica e con effetti reali, richiamando il concetto del controllo causale, sotteso alla tradito effettuata il BGB non disciplina alcun istituto simile alla fiducie francese o al vincolo di destinazione italiano.

Secondo l'§ 137 del BGB, la libera facoltà di disposizione del diritto di proprietà non può essere limitata negozialmente con efficacia verso i terzi («Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden»).

Si è scelto quindi di realizzare gli scopi

della destinazione patrimoniale e della fiducia (*Treuhand*) con diversi strumenti: attraverso l'utilizzo della condizione (*Bedingung*: cfr. il § 161 del BGB), che però non può essere utilmente impiegato per rendere opponibile ai terzi le limitazioni al diritto di proprietà; oppure mediante l'iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*) di una prenotazione (*Vormerkung*: cfr. il § 883 del BGB), al fine di rendere opponibile ai terzi l'obbligo di trasferimento del bene posto a carico del fiduciario; o mediante l'istituto dell'autorizzazione (*Genehmigung*) di cui al § 185 BGB, che presuppone il mantenimento della proprietà in capo al fiduciante, e il conferimento al fiduciario dell'autorizzazione a disporre in nome proprio. L'impossibilità di attuare una reale *separazione patrimoniale*, con conseguente *asset partitioning*, ha squalificato la *Treuhand* tedesca dall'ambito del *trust* disciplinato dalla Convenzione dell'Aja.

In chiave esclusivamente comparatistica sulla *fiducie*, con riguardo anche al sistema tedesco, si consideri la seguente letteratura (già in parte citata e riportata) F. BARRIÈRE, *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, cit., p. 222; ID., «Fiducie», in *Rép. civ. Dalloz*, 2013; Y. EMERICH, «Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens», in *RIDC*, 2009, p. 49; C. WITZ, «La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1369; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Aix-en-Provence, 2008, p. 445 e ss.; B. MALLET-BRICOUT, «Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l'opération de fiducie?», in *Revue de droit de McGill*, 2013, p. 907; ID., *Fiducie et propriété*, in *Libera amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, p. 297

concezione presso la dottrina intermedia si scostava dalla concezione romana in un punto importante. Infatti secondo i giuristi romani, la *iusta causa traditionis* era l'accordo che giustificava il trasferimento (dando la stura alle problematiche di individuazione della *conventio* sottostante), mentre il *titulus* dei giuristi medioevali era la causa che giustifica l'attribuzione definitiva⁴⁵⁰.

Il Savigny non rileva la differenza tra la concezione del diritto comune e quella romana, ma dimostra la fatuità della costruzione del diritto comune

.Sul rapporto della fiducie francese e il *trust* cfr. tra gli altri F. BARRIÈRE, «Fiducie», *cit.*, 2013, p. 4; ID., «La legge che istituisce la fiduciar: tra equilibrio e incoerenza», in *Trusts*, 2008, p. 124; A. GALLARATI, «Fiducie v *trust*. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciari in diritto italiano», in *Trusts*, 2010, p. 238; C. LARROUMET, «La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques», in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1350; C. WITZ, *op. cit.*, p. 1369.

Per quanto attiene al sistema tedesco: M. LÖHNIG, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Tübingen, 2006; D. LIEBICH e K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, Berlin, 1983; H. COING, *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973; H.H. JACOBS, «Treuhänder als Nichtberechtigte», in *ZIP*, 1999, p. 59; J. GERNHUBER, «Die fiduziarische Treuhand», in *JuS*, 1988, p. 355; R. WANK, «Mißbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht», in *JuS*, 1979, p. 402; H. SCHLOSSER, «Außenwirkungen verfigungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand», in *NJW*, 1970, p. 681; R. REINHARDT e P. ERLINGHAGEN, «Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung», in *JuS*, 1962, p. 41. AA.VV., *Itinera Fiduciarum. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, a cura di R. Helmholz e R. Zimmermann, Berlin, 1998; S. GRUNDMANN, «Trust and Treuhand at the end of the 20th century. Key problems and shift of interests», in *AJCL*, 1999, p. 401.

⁴⁵⁰ Secondo C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.11s deve essere analizzato il caso della *traditio* eseguita in adempimento ad una obbligazione di dare in senso tecnico, cioè di trasferire la proprietà di una cosa. Per un giurista romano, qui la *iusta causa* era rappresentata dall' accordo sulla *solutio*, cioè dalla destinazione che le parti fanno, della prestazione alla estinzione di una certa obbligazione. Invece per un giurista medioevale il *titulus* era rappresentato dal fatto giuridico (sia esso un accordo o non lo sia, come nel caso del legato obbligatorio), che costituisce la fonte dell'obbligazione di dare o anzi come si tese sempre più ad intendere, dall'obbligazione di dare stessa.

con il noto caso dell'elemosina fatta ad un mendicante dove, a prescindere da una obbligazione precedente la proprietà passa⁴⁵¹.

Secondo il Savigny dunque la *traditio* non opera l'effetto traslativo sulla base della *iusta causa*, ma sulla base dell'accordo fra tradente ed accipiente sul trasferimento della proprietà: consegna della cosa e accordo costituiscono un contratto di tipo particolare un *dinglicher Vertrag*⁴⁵²

- C) Il terzo modello, quello francese dell'effetto reale del contratto, rappresenta una novità introdotta con la codificazione moderna, questa volta dal Code Civil.

Secondo la dottrina⁴⁵³ che se ne è occupata, se si leggono i lavori preparatori del Code Civil, si ha la netta impressione che i codificatori non volessero dire il perché della loro scelta normativa⁴⁵⁴.

Si danno sostanzialmente due ragioni, che non possono però ritenersi esaustive:

- 1) La concezione del contratto come atto ad effetto reale sarebbe conforme alla tradizione del diritto francese, ma questo non pare essere confermabile;

⁴⁵¹ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. p.20ss.

⁴⁵² La nozione di *dinglicher Vertrag* è esposta da SAVIGNY, in *Obligationenrecht II*, cit. p.257, n. m dove egli precisa che la *traditio* stessa è dunque un contratto (*Vertrag*) “*ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher*”: un vero contratto, ma non con efficacia obbligatoria, bensì con efficacia reale.

⁴⁵³ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.11ss.

⁴⁵⁴ Quasi che la consapevolezza dell'innovazione non fosse maturata da un punto di vista per così dire ideologico, ma si fosse imposta come soluzione sul piano fattuale, e di sintesi empirica di posizioni contrastanti. Infatti si presenta come una soluzione inedita proprio perché Dei precedenti esistevano solo in dottrina, in particolare presso la dottrina giusnaturalistica, come proposte di carattere filosofico o de iure condendo.

- 2) Con l'effetto reale, in materia di compravendita, si verrebbe ad eliminare l'aporia tra la regola generale che *casus sentit dominus* con quella del *periculum emptoris*⁴⁵⁵.

In realtà la dottrina⁴⁵⁶ ha individuato come vera ragione della riforma francese un diverso ordine di considerazioni:

- a) *L'argomento del ruolo fondante della proprietà nella codificazione francese.* E' notorio che la proprietà svolge nella codificazione francese un ruolo strutturale. Essa è concepita come proiezione della sfera di libertà dell'individuo, e le due norme che ne aprono la trattazione (art.544 e 545 cc.fr) rivestono il carattere di norme sui diritti dell'uomo e del cittadino, cioè sostanzialmente carattere di norme costituzionali.

⁴⁵⁵ La regola romana del *periculum emptoris* trovava proprio la sua ragione in una ristoro economico, che porta ad allineare la situazione del compratore di una cosa - con quella del proprietario. Id est: *che il rischio per il perimento per forza maggiore della cosa venduta - e cioè il perimento non imputabile a nessuna delle parti del contratto - risulta a carico del compratore, anche se la cosa non gli sia stata ancora consegnata, quando il perimento abbia luogo dopo che la vendita sia perfetta.*

La nozione di compravendita perfetta che i giuristi dicevano *emptio perfecta*, avendo riguardo alla situazione del compratore, si differenzia da quella di compravendita conclusa. Infatti una vendita validamente conclusa non si considera perfetta non solo se il contratto sia sottoposto a condizione sospensiva e questa non si sia ancora verificata, ma anche se l'oggetto della vendita fosse definito nel genere e l'individuazione delle specie vendute non abbia ancora avuto luogo.

Ciò che si ritiene corrispondente alla perfezione della vendita è che il fatto che ne risulti individuata una *res empti*, vale a dire una specifica cosa comprata. Finchè l'oggetto della vendita non sia materialmente individuato in modo specifico essa non esiste ancora come corpus, come cosa materiale, ma è solo un'entità concettuale. Finchè la condizione, alla quale il contratto è sottoposto non si sia verificata, la cosa anche se specificatamente individuata, non è ancora comprata.

Quando invece si sappia che una certa cosa è *res empti*, essa, in forza del meccanismo obbligatorio della compravendita, è definitivamente destinata al compratore quindi:

I- sul piano di una valutazione economica della situazione, egli può considerarla come elemento del suo patrimonio;

II- vi è pertanto un'applicazione immanente del principio *cuius commoda eius et incommoda* già gli spettano i vantaggi del proprietario, in particolare i frutti della cosa stessa, ed è quindi coerente che gliene spettino anche i rischi. Cfr. C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.15.

⁴⁵⁶ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.11ss

b) *L'argomento della derivazione 'glossematica' dell'art.545 cc.fr l'art. 545 ccfr dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. L' art. in commento proviene cioè direttamente dagli enunciati dell'art.17 della Declaration des droits de l'homme et du citoyen del 1791 e dell'art.19 della Declaration des droits de l'homme et du citoyen del 1793*⁴⁵⁷.

Nel Code Civil la norma ha assunto la seguente formulazione art.545 cc.fr:

Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

Ora un soggetto contrattualmente obbligato ad alienare una cosa, ove il contratto abbia effetti puramente obbligatori si troverebbe proprio nella situazione di colui che è *contraint de céder sa propriété* per causa propriamente privata. Per ovviare a questa distorsione si attribuisce e al contratto l'effetto reale.

Una riprova di questo assunto, secondo la dottrina, sarebbe rinvenibile nel modo in cui viene dogmaticamente concepito l'effetto reale nel luogo in cui esso viene enunciato nella forma più generale, e cioè in tema di *obligation de donner* all'art. 1136, norma confermata dall'art.711, che in materia di acquisto e trasferimento della proprietà pone l'*effet des obligations* fra i modi relativi, e dall'art. 1538 che ripropone il meccanismo dell'art.1138 in ordine alla vendita⁴⁵⁸.

In tutte queste norme l'effetto reale non viene direttamente collegato al consenso delle parti, ma al sorgere dell'obbligazione di *livrer la chose*, cui è impedito l'effetto di obbligare al trasferimento della proprietà attribuendole

⁴⁵⁷ Ricostruzione tratta da C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit. passim.

⁴⁵⁸ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.11ss.

direttamente l'effetto di trasferirla. In altre parole, l'obbligazione di *dare res*, in senso tecnico, che vuol dire trasferire una res può essere interpretata esclusivamente nel senso di trasferire automaticamente la cosa, mediante l'effetto forte del contratto, ovvero l'effetto reale. Viene inibito il passaggio intermedio, avente ad oggetto l'obbligazione di trasferire, si che questa venga eseguita con un atto traslativo a latere.

Così consta dall' art. 1138⁴⁵⁹:

L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Il code civil non professa dunque ancora un principio consensualistico per l'effetto reale del contratto ⁴⁶⁰ : questo sarà direttamente collegato al consenso delle parti solo dall'art. 1125 cod.1865 (cfr. art. 1376 cod. 42):

art.1125: 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

Sebbene il principio consensualistico non è nel code civile trattato ex professo, opera in re ipsa come meccanismo naturale della vendita. Per meglio dire è l'effetto reale, che viene in conto, come naturale negotii, rendendo in secondo luogo differita l'indagine sulla volontà dei contraenti, che è sì indefettibile, ma si colloca a monte.

Al termine della nostra indagine, possiamo rinvenire nella *fiducie* l'operatività del medesimo meccanismo, in cui l'effetto reale è un effetto

⁴⁵⁹ Créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804

⁴⁶⁰ C.A.CANNATA, *Fondamenti del diritto europeo I*, cit.p.16-17

naturale del contratto, che rimanda a monte l'indagine sul consenso. Questo è necessario, ma deve estrinsecarsi in un atto traslativo, che importi la separazione patrimoniale. In difetto dell'atto traslativo, si determina un difetto di tipicità reale.

A conferma di ciò, abbiamo considerato essere dirimente l'apporto della dottrina francese e in modo particolare della *Théorie du patrimoine* di Aubry e Raul, che ha determinato una rifrazione del dogma illuministico della indivisibilità del patrimonio e del conseguente principio della illimitatezza della responsabilità patrimoniale, determinando al contempo la convinzione che deroghe al regime dell'unità patrimoniale e dell'articolazione della conseguente responsabilità, possano avvenire solo per espressa disposizione di legge.

La nascita dei vincoli reali sarebbe, pertanto, giustificabile solo in forza di una espressa disposizione di legge, che determini una separazione patrimoniale.

Come si può vedere, ciò che viene in conto non è tanto la pretesa rigidità del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, nè la conseguente articolazione della responsabilità patrimoniale (se si parcellizza il patrimonio automaticamente si articola la responsabilità patrimoniale; tematica questa particolarmente cara all'ordinamento nostrano), quanto la possibilità di fornire un effetto reale ai vincoli convenzionali, che senza una espressa previsione legale, rivestono solo un effetto "debole", cioè obbligatorio.

Per questa ragione, si parla di *istituzionalizzazione della fiducie*, che determina contemporaneamente:

- La nascita di un nuovo contratto ad effetti reali
- Un nuovo modo di acquisto della proprietà
- Una separazione patrimoniale legale
- Un inedito (rispetto alle soluzioni pregresse dell'ordinamento) sistema di articolazione della responsabilità patrimoniale.

Pertanto allo stato attuale del diritto europeo, dei tre modelli in gioco, solo il primo, quello del trasferimento causale, ha un'origine abbastanza lineare, anche se nella sua formulazione presso il diritto comune non ha mancato di contenere un equivoco; il trasferimento astratto è stato tutto generato da questo equivoco; il principio consensualistico rappresenta il risultante di un'elucubrazione filosofico-politica, che a tutto può corrispondere che ad esigenze di economicità.

6)I CONTRATTI CIVILISTICI CHE IMPORTANO UN TRASFERIMENTO TEMPORANEO DELLA PROPRIETA'

Prendiamo ora in considerazione alcuni contratti nominati che importano la creazione di una proprietà temporanea.

Si tratta di contratti di diritto comune e di impostazione civilistica, che all'occorrenza vengono adattati per realizzare scopi finanziari. La ragione della nostra attenzione risiede nel fatto che costituendo forme di proprietà temporanea di fatto hanno introdotto nell'ordinamento francese, prima dell'avvento della *fiducie*, delle forme di separazione patrimoniale.

Attesa la difficoltà del legislatore francese nel riconoscere a pieno titolo una proprietà fiduciaria anche nella *fiducie* (si impiega infatti il sintagma *patrimoine d'affectation*), la seguente ricostruzione, compiuta solo a livello cursorio mira ad indicare che:

- I. fattispecie di proprietà temporanea sono ampiamente diffuse nell'ordinamento e che a livello dogmatico costituiscono un prius logico e ontologico del riconoscimento della proprietà fiduciaria;
- II. L'impostazione tradizionale verte prevalentemente nella selezione tra le fattispecie contrattuali di una dicotomia contratti nominati/innominati, che si traduce in una (iper) valutazione del coefficiente causale, in ossequio al principio consensualistico, che informa il trasferimento della proprietà;
- III. L'argomento fiducia non viene trattato ex professo, ma è iscritto all'interno della dogmatica causale, che presiede la distinzione di queste forme contrattuali in nominate e innominate;
- IV. Queste forme di proprietà temporanea oltre ad attestare ipotesi di separazione patrimoniale, convivono nelle medesime strutture negoziali da cui si originano, con operazioni *latu sensu* fiduciarie.

Per le ragioni su esposte ne forniamo un quadro di insieme valorizzando esclusivamente i tratti unificanti:

§1.LE PRÊT D' ACTIONS DE DROIT COMMUN⁴⁶¹

⁴⁶¹ Sul punto si veda

AGASSE J. et PICHAT J., *L'utilité pratique du prêt à usage*, Droit & Patrimoine, juin 1995, p. 31 ; AUCKENTHALER F., *Prêts de titres*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2125 ; BAFFOY G., *Le prêt de consommation de titres de sociétés*, J.C.P. éd. N., 1996, I, n° 16, p. 572 ; BALENSI I., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1974 ; COURET A., *Le prêt de titres consenti par une société à un futur administrateur d'une filiale*, Bull. Joly, 2000, p. 477 ; GUYON Y.,

Prêts de titres, J-Cl. Sociétés, 1991, fascicule n° 2125 ; HUGUET H., *Mise à disposition d'actions au profit de personnes physiques afin de permettre d'exercer des fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans des filiales non cotées d'un groupe*, Droit des Sociétés, mars 1999, p. 4 ; JAUBERT P., *Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité*, R.T.D. Civ., 1995, p. 79 ; JEANTIN M., *Les prêts de titres*, Rev. Soc., 1992, p. 465 ; LUCAS F.-X. et NEAU-LEDUC P., *Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance*, Droit des sociétés, novembre-décembre 1999, p. 7 ; MAURO C., *Permanence et évolution du commodat*, Defrénois, 2004, p. 1024 ; MELIN F., *Le prêt de consommation de valeurs mobilières : remarques sur la validité d'un instrument contesté*, Les Petites Affiches, 26 sept. 2000, n° 192, p. 4 ; REICHARDT A., *Le prêt d'actions*, Thèse Strasbourg, 1981 ; REIGNIE Ph., *La licéité du prêt d'action à des administrateurs*, Bull. Joly, 2000, § 292, p. 1187 ; URBAN Q., *Les prêts d'actions à des administrateurs dans la stratégie des groupes de sociétés, une pratique juridique périlleuse*, J.C.P. éd. G., 2000, I, 232.

La *sedes materiae* è rappresentata dalla Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 : Modernisation de l'économie. J.O.R.F. du 5 août 2008, p. 12471) nonchè da L. 225-25 et L. 225-72 du Code de commerce. Il codice civile entra nella regolamentazione alla stregua del diritto comune.

Un ulteriore intervento normativo si è avuto in forza della loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : Loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. J.O.R.F. du 13 mai 2009, p. 7920.

In via piuttosto sommaria e per i fini che qui ci interessano, il contratto di prestito titoli è un contratto *con il quale un soggetto, creditore presta titoli per un periodo non superiore a un anno ad un'altra persona, che assume il ruolo di mutuatario. Il contratto può prevedere la possibilità per il creditore di esigere la restituzione delle garanzie consistenti in contanti o in titoli.*

Questo contratto crea un vero e proprio trasferimento di proprietà temporaneo.

Il suo ambito applicativo risulta più angusto di quello della *pension*. Il prestito può coprire solo i titoli quotati alla quotazione ufficiale di un mercato francese o estero Il Prestito di titoli può quindi ora essere utilizzato come strumento di finanziamento a breve termine, con alta sicurezza per entrambe le parti.

In questo contratto devono essere tenuti presenti alcuni profili specifici, nell'adattamento della struttura civilistica a finalità finanziarie:

1)La qualificazione giuridica di titoli consegnati in garanzia non è ancora definita.2)La dottrina ritiene questa operazione una garanzia "sui generis"; 3)generalmente tali titoli sono trasferiti su un conto speciale aperto a nome del loro proprietario, con le solite formalità di

Il contratto di prestito titoli è un contratto *con il quale un soggetto, creditore presta titoli per un periodo non superiore a un anno ad un'altra persona, che assume il ruolo di mutuatario. Il contratto può prevedere la possibilità per il creditore di esigere la restituzione delle garanzie consistenti in contanti o in titoli.*

Questo contratto crea un vero e proprio trasferimento di proprietà temporaneo e costituisce una forma di garanzia sui generis, che presenta delle affinità con il portage suretè (al netto di quelle considerazioni della dottrina francese che non qualificano il portage suretè come una vera forma di portage).

Si può altresì sostenere che con l'avvento della fiducie una medesima operazione può essere realizzata con la *fiducia –suretè*. Il formalismo della fiducie comporta però una maggiore ingessatura dei rapporti, specie si se si tratta di operazioni di valore non apprezzabile.

costituzione di pegno;4) Il creditore non è il proprietario dei titoli, non può esercitare i diritti di voto o vendere.

La qualificazione di garanzia "sui generis" consente di trasferire i titoli di garanzia in un conto del creditore (mutuante di titoli). Quest'ultimo, mentre riveste lo status di proprietario temporaneo di titoli può esercitare i diritti legati alla titolarità: il diritto di voto, il diritto di vendita.

Sono altresì possibili delle varianti:

§a.PRÊT DE CONSOMMATION (CREDITO AL CONSUMO)

Secondo l'art 1892 du Code civil, « *Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ».

Il credito al consumo è un credito concesso dalle banche ai privati. Il prestito al consumo viene fornito alle famiglie per consentire loro di finanziare gli acquisti di beni e servizi. Ciò comprende le spese pesanti in generale per lo sviluppo di abitazioni, o acquistare un mezzo di trasporto (auto, moto, ...). Differisce dal mutuo o di credito professionale. Il credito al consumo è disciplinata dall'articolo 311-1, comma 4, del Codice del Consumo

§ 2LA VENTE À RÉMÉRÉ D' ACTIONS⁴⁶²

⁴⁶² Sull'argomento

AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2122 ; BALENSI I., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1974 ; GUYENOT J., *Aspects juridiques et pratiques de la location, du prêt et de la vente à réméré de valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes*, Les Petites Affiches, 28 avril 1978, n° 51, p. 9 ; HEINRICH J.-B., *La vente à réméré d'obligations*, J.C.P. éd. E., 1984, II, 14282 ; HUGUET H., *Mise à disposition d'actions au profit de personnes physiques afin de permettre d'exercer des fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans des filiales non cotées d'un groupe*, Droit des Sociétés, mars 1999, p. 4 ; LUCAS F.-X. et NEAU-LEDUC P., *Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance*, Droit des sociétés, novembre-décembre 1999, p. 7 ; MEDUS J.-L., *Réméré sur droits sociaux et restructurations d'entreprises*, Bull. Joly, 1996, § 162, p. 459 ; PERROT A., *La vente à réméré de valeurs mobilières*, R.T.D. Com., 1993, p. 1 ; WITZ C., *Vente à réméré*, J-Cl. Civil, 1993, Article 1659 à 1673.

Per La vente à réméré, la *sedes materiae* è rappresentata dagli art.1659 à 1673 du Code civil (modificati per effetto della loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : Loi de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures. J.O.R.F. du 13 mai 2009, p. 7920.) Vendita consentita con la facoltà per il venditore di sciogliere la convenzione unilateralmente in cambio della restituzione del prezzo.

Questo tipo di vendita è usato nella pratica degli affari, nell'ambito di un'operazione di credito per costituire una garanzia a vantaggio del creditore che acquisisce un bene mobiliare o immobiliare appartenente al suo debitore. Una volta pagato il debito, il venditore scioglie la vendita e riprende il suo bene.

Secondo AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2122, n° 7, p. 3. Possono porsi dei problemi qualificatori con la contigua figura del prestito titoli, specie per quanto attiene alle applicazioni societarie di entrambi i contratti.

§ 1 – la qualificazione dello schema negoziale de la vente à réméré d'actions: il diritto di riscatto.

Secondo l'art 1659 du Code civil, « *la faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* ».

L'art. 1660 comma primo precisa che « *faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années* ».

Elemento determinante è l'esercizio del diritto di riscatto. La qualificazione dello schema negoziale comporta infatti che la vendita sia consentita con la facoltà per il venditore di sciogliere la convenzione unilateralmente in cambio della restituzione del prezzo.

Questo tipo di vendita è usato nella pratica degli affari, nell'ambito di un'operazione di credito per costituire una garanzia a vantaggio del creditore che acquisisce un bene mobiliare o immobiliare appartenente al suo debitore. Una volta pagato il debito, il venditore scioglie la vendita e riprende il suo bene

Questo contratto può essere considerato come un contratto di vendita, con un impegno di rivendita da parte dell'acquirente.

Il venditore può esercitare il diritto di riscatto o l'opzione di riacquisto nel termine massimo di 5 anni. Se l'acquirente vende i titoli durante il periodo di opzione, il venditore originale ha un'azione diretta contro il sub-acquirente (articolo 1663). Infine, in caso di fallimento del compratore nel periodo di opzione, il venditore avrà diritto di reclamare contro l'acquirente e non un diritto di rivendicare. Sarà parte della massa dei creditori chirografari meno che l'acquirente di lui un impegno ha acconsentito.

In caso di esercizio del diritto di riscatto, l'operazione iniziale viene annullata. Il prezzo di acquisto è concordato tra le parti. In mancanza di accordo, il prezzo di rimborso è pari al prezzo iniziale di vendita, più i costi sostenuti dall'acquirente, quest'ultimo ripristino del reddito durante il periodo.

Ne deriva pertanto una nozione autonoma di riacquisto (rectius: diritto di riacquisto) *il riacquisto è l'operazione con cui una persona trasferisce proprietà ad un'altra persona di titoli o titoli di credito negoziabili e con la quale il cedente e cessionario, rispettivamente e irrevocabilmente si impegnano, uno a riprendere, l'altro a riconsegnare, per un prezzo fisso su un tempo concordato.*

Vi possono essere varie modalità con cui questa vendita può essere realizzata:

GLI ESPEDIENTI ELABORATI IN SEDE APPLICATIVA:

1 - La vente à réméré établit une condition résolutoire potestative (la predisposizione di una condizione risolutiva potestativa).

Secondo l'art. 1658 « [...] *le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat [...]* » ;

L'art 1659 definisce il diritto di riscatto nei termini di « *un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* ».

Secondo AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2122, n° 7, p. 3.), « *La lettre du Code civil semble donc attribuer à l'exercice du réméré la nature d'une faculté de résolution de la vente initiale* ». l'A. sottolinea infatti l'efficacia risolutiva della vendita iniziale. Divenendo questo il coefficiente di caratterizzazione del diritto di riscatto. Pare essere del medesimo avviso la giurisprudenza cfr.Cass. 3ème civ., 31 janvier 1984. Bull. civ., III, n° 21.

Secondo l'A. (AUCKENTHALER F., *op. cit.*, n° 8, p. 3.) la condizione deve essere intesa non come potestativa, ma deve presentare una rilevanza obiettiva, cioè deve essere svincolata dalla volontà delle parti (*une faculté unilatérale de résolution suppose que la condition s'entende d'un événement futur indépendant de la volonté des parties*). Da questo punto di vista allora l'A. si spinge a sottolineare un'identità funzionale con il prêt d'actions.

Si tratta di una vendita inscrivibile nelle c.d. alienazioni in garanzia. In questa struttura negoziale la vendita è consentita con la facoltà per il venditore di sciogliere la convenzione unilateralmente in cambio della restituzione del prezzo.

Questo tipo di vendita è usato nella pratica degli affari, nell'ambito di un'operazione di credito per costituire una garanzia a vantaggio del creditore che acquisisce un bene mobiliare o immobiliare appartenente al suo debitore. Una volta pagato il debito, il venditore scioglie la vendita e riprende il suo bene.

Ulteriore caratteristica è il diritto di riscatto, che la dottrina francese considera una vera e propria operazione e la chiama riacquisto.

§ 3.LA DONATION D' ACTIONS AVEC RÉSERVED'USUFRUIT⁴⁶³ : :UNO STRUMENTO PER EFFETTUARE UN TRASFERIMENTO DELLA TITOLARITA' DI UN'IMPRESA .

⁴⁶³ Sul tema si veda

86ème CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La transmission des entreprises. Vaincre les obstacles*, Lille, 1990 ; 98ème CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Patrimoine professionnel : méthodes et perspectives*, Cannes, 2002 ; AUBRUN C., *Le paiement des dividendes des sociétés commerciales*, Thèse Paris, 1963 ; AYNES L., *Usufruit, droit d'usage*, Rev. Soc., 1999, p. 593 ; BONNARD J., *La transmission de la P.M.E., aspects juridiques et fiscaux*, Hachette, 2004 ; BAFFOY G., *Le renforcement du pouvoir des usufruitiers dans les assemblées de société*, J.C.P. éd. N., 2004, n° 1419, p. 1350 ; BAFFOY G. et LE NENAN R., *Modalités particulières de transmission entre vifs de l'entreprise familiale*, Defrénois, 2002, art. 37589, p. 1069 ; BERGER P., *L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété*, J.C.P. éd. E., 1993, 46 ; BONDUELLE P. et TOLUB B., *La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire*, Droit & Patrimoine, novembre 1994, p. 20 ; BOSGIRAUD P., NOËL L. et POIRAUD B., *Donner un portefeuille de valeurs mobilières*, Gaz. Pal., 29 février 2000, n° 60, p. 14 ; CASTAGNE S., *L'usufruit et la nue-propriété des actions dans les sociétés par actions simplifiées*, Droit des sociétés, avril 1996, p. 1 ; *Usufruit et quasi-usufruit : une nouvelle mise au point*, J.C.P. éd. N., 24 mars 2000, n° 12, p. 537 ; « Vote » en faveur du droit de vote, Droit des sociétés, octobre 2000, n° 21, p. 6 ; CATHOU T. et GENTILHOMME R., *Usufruit et quasi-usufruit de valeurs mobilières : vrais ou faux jumeaux ?*, J.C.P. éd. N., 2000, p. 1773 ; CHAZAL J.-P., *L'usufruitier et l'associé*, Bull. Joly, 2000, § 158, p. 679 ; COCARD J., *De l'usufruit des actions et des obligations*, Thèse Caen, 1938 ; CORDONNIER J., *De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit, en cas d'augmentation du capital social par mise en souscription d'actions nouvelles*, J. soc., 1961, p. 65 ; COZIAN M., *Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?*, J.C.P. éd. E., 1994, I, 374 ; DAIGRE J.-J., *Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut pas être*

totalelement privé de son droit de vote (à propos de Cass. Com., 4 janvier 1994), Bull. Joly, 1994, § 62, p. 249 ; *Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ?*, J.C.P. éd. G., 1996, I, 575 ; DERRUPE J., *De l'ineptie de refuser à l'usufruitier la qualité d'associé*, Defrénois, 1978, art. 36514, p. 290 ; *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions*, Les Petites Affiches, 13 juillet 1994, n° 83, p. 15 ; Defrénois, 1994, art. 35894, p. 1137 ; DESLANDES M., *Le point sur le dispositif d'allègement des droits de donation dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires*, J.C.P. éd. N., 18 juin 2004, p. 997 ; DU GARREAU DE LA MECHENIE J., *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse Poitiers, 1937 ; DOCKES E., *Essai sur la notion d'usufruit*, R.T.D. Civ., 1995, p. 479 ; FIORINA D., *L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières*, R.T.D. Civ., 1995, p. 43 ; *Les droits du nu-propriétaire : de l'information au contrôle*, D., 2003, p. 2495 ; FRANCON A., *L'usufruit des créances*, R.T.D. Civ., 1957, p. 1 ; FRULEUX F., *Le régime fiscal du « don exceptionnel » exonéré de droits de mutation à titre gratuit*, J.C.P. éd. N., 2004, p. 1691 ; GARÇON J.-P., *La situation des titulaires de droits sociaux démembrés*, J.C.P. éd. N., 1995, p. 269 ; GRIMALDI M., DUCROCQ P. et NUYTEN B., *Les aspects civils du démembrement de propriété*, Droit & Patrimoine, mars 1995, p. 25 ; GRIMALDI M. et ROUX J.-F., *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, Defrénois, 1994, art. 35677, p. 3 ; GUENGANT A., *L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'action ou de parts sociales*, J.C.P. éd. E., 1994, Les conseils Fidal, C.D.E., n° 1, p. 131 ; HALLOUIN J.-C., *Les statuts ne peuvent priver l'associé du droit de vote*, D., 2000, p. 231 ; HOVASSE H., DESLANDES M. et GENTILHOMME R., *Le démembrement des droits sociaux*, Droit des Sociétés, 1994, n° 15, p. 1 ; KADDOUCH R., *L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote*, Bull. Joly, 2004, § 29, p. 189 ; KOERING-JOULIN R. et SCHMIDT D., *L'article 163, alinéa 1, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Librairies Techniques, Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Tome I, 1989, p. 135 ; LAINÉ A., *De l'usufruit des valeurs mobilières*, Thèse Nancy, 1912 ; LE BAYON A., *L'usufruit de parts sociales*, Rev. Soc., 1973, p. 435 ; LEBLOND J., *Droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier dans les bénéfiques, les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation des réserves*, Gaz. Pal., 1956, 2, p. 1 ; LE CALVEZ J., *L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation - ou les bois taillis du XXème siècle ?*, D., 1994, p. 125 ; LECENE-MARENAUD M., *Les parts et actions d'une société commerciale qui appartiennent à plusieurs personnes*, Thèse Bordeaux I, 1992 ; LE DILY J., PINTO B. et PREVOST A., *La transmission du portefeuille de valeurs mobilières*, Gaz. Pal., 11 mai 2000, n° 132, p. 25 ; LE NABASQUE H., *Les dividendes participent de la nature des fruits*, Rev. Soc., 2000, p. 286 ; LUCET F. et HALBOUT A., *Cession de valeurs mobilières démembrées*, J.C.P. éd. N., 19 février 1999, n° 7, p. 356 ; MARRAUD DES GROTTES X., *L'usage du démembrement d'un portefeuille de valeurs mobilières*, J.C.P. éd. N., 1993, p. 278 ; MARTIN D. R., *Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait*, La vie judiciaire, 1992, n° 2392, p. 3 ; MICHA GOUDET R., *Évaluation économique de l'usufruit et cession d'actions*, J.C.P. éd. E., 1997, I, 690 ; *Nature juridique des dividendes*, J.C.P. éd. E., 1998, I, 68 ; MONASSIER B., *Transmission d'entreprise*, Francis Lefebvre, 2003 ; MONSALLIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 303, préface de VIANDIER A., L.G.D.J., 1998 ; MONSÈRIÉ-BON M.-H. et GROSCLAUDE L., *Usufruit des droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil*, Droit & Patrimoine,

Costituisce un' operazione che consente alternativamente a) la precostituzione di una garanzia; b) più diffusamente un trasferimento di impresa.

Essendo l'oggetto della donazione, dei titoli azionari, si pone il problema di un'eventuale scissione tra l'esercizio dei diritti sociali e di quelli amministrativi.

Rientrano nel perimetro applicativo della norma anche le problematiche afferenti il c.d. quasi usufrutto, proprio per il particolare oggetto della donazione.

juillet/août 2004, p. 42 ; MORRIS-BECQUET G., *De la nature juridique des dividendes*, D., 2000, p. 552 ; MOUSSERON J.-M., *Du démembrement des droitssociaux au démembrement des flux sociaux*, Bull. Joly, 2005, § 95, p. 465 ; PACAUD B., *Le compte de titres démembrés*, Defrénois, 2000, p. 465 ; PACLOT Y., *Remarques sur le démembrement des droits sociaux*, J.C.P. éd. E., 1997, I, 674 ; PATAT C., *Variations autour d'un thème soi-disant connu : le démembrement de propriété*, J.C.P. éd. N., 1990, p. 674 ; PILLEBOUT J.-F., *Réflexions sur le droit d'usufruit*, J.C.P. éd. N., 1977, p. 173 ; POITRINAL F.-D., *L'usufruit conventionnel d'actions, un outil financier méconnu*, Banque et Droit, 1993, n° 31, p. 3 et s. ; PONTON-GRILLET D., *Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-proprétaire*, D., 1989, p. 250 ; PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Thèse, préface de VIANDIER A., Litec, 1992 ; PRIEUR J., FERRET J.-P. et DEBRABANT B., *Vulnérabilité des démembrements sur les titres*, Droit & Patrimoine, colloque au sénat, janvier 1995, p. 29 ; PRIEUR J., FERRET J.-P. et GIRAY M., *Pacte familial et transmission d'entreprise*, Droit des sociétés, 1992, n° 6, p. 8 ; PRIEUR J., FERRET J.-P. et ROUSSEL F., *Aspects de droit des sociétés, Démembrement, utilisation du quasi-usufruit – montages*, Droit & Patrimoine, novembre 1999, p. 71 ; REGNAUT-MOUTIER C., *Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ?*, Bull. Joly, 1994, § 320, p. 1155 ; ROBERT-CADET I., *L'usufruit des droits sociaux*, Les Petites Affiches, 19 mai 2000, n° 100, p. 54 ; ROSE L., *Droit de vote et démembrement des titres sociaux. peut-on priver le nupropriétaire de ses droits de vote ?*, Gaz. Pal., 4 septembre 2001, n° 247, p. 7 ; SAUTAI P., *L'usufruit des valeurs mobilières*, Thèse Paris, 1925 ; SAUVAGE F., *Les nouvelles frontières du quasi-usufruit*, J.C.P. éd. N., 2000, p. 691 ; SIRINELLI P., *Le quasi-usufruit*, Les Petites Affiches, 21 et 26 juillet 1993, n° 87, p. 30 et n° 89, p. 4 ; WAHL A., *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. soc., 1925, p. 129 ; ZENATI F., *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur)*, Litec, Mélanges offerts à Pierre Catala, 2001, p. 605

§ 4.LA SOCIÉTÉ HOLDING ⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ Sull' argomento

86ème CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La transmission des entreprises. Vaincre les obstacles*, Lille, 1990 ; BAFFOY G. et LE NENAN R., *Modalités particulières de transmission entre vifs de l'entreprise familiale*, Defrénois, 2002, art. 37589, p. 1069 ; *Relations juridiques : savoir s'entourer et gérer ses partenaires*, Les Petites Affiches, 12 Juillet 2002, n° 139, p. 63 ; BONNARD J., *La transmission de la P.M.E., aspects juridiques et fiscaux*, Hachette, 2004 ; CASTAGNE S., *La dernière compilation des holdings : n° 1 du « hit parade » des transmissions d'entreprise*, Droit des sociétés, décembre 1998, n°13, p. 4 ; CASTRES SAINT MARTIN F., *Les sociétés dites « holdings »*, Thèse Paris II, 1992 ; COILLOT J., *Transmission de l'entreprise familiale*, Les Petites Affiches, 26 septembre 1994, n° 115, p 8 ; MERLE Ph., *Droit commercial, les sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 6ème éd., 1998, n° 483, p. 511 et 512 ; MONASSIER B., *Transmission d'entreprise*, Francis Lefebvre, 2003 ; MONASSIER B., *La société holding et la transmission de l'entreprise*, J.C.P. éd. N., 1987, p. 225 ; MONSALLIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 303, préface de VIANDIER A., L.G.D.J., 1998, n° 562, p. 232 ; PAILLUSSEAU J., *Quelles structures adaptées à la création et à la transmission des PME françaises ?*, Gaz. Pal., 6 décembre 2003, n° 340, p. 31 ; REINHARD Y., *La holding familiale*, Defrénois, 2001, art. 37313, p. 291 ; SAINTOURENS B., *Le nouveau droit des clauses d'agrément*, Rev. Soc., 2004, p. 611 ; TANDEAU DE MARSAC S., *La SAS, outil de transmission d'entreprise ?*, Bull. Joly, 1999, § 2, p. 28.

La holding, come la donazione con riserva di usufrutto di, offre la possibilità di effettuare un trasferimento d'impresa.

L'oggetto immediato è rappresentato dal trasferimento del diritto di voto.

L'analisi della dottrina è incentrata alla verifica della validità di questo tipo di società, e della non contrarietà a norme imperative poste a presidio delle società, qualora vengano a prodursi fenomeni di trasferimento indiretto del diritto di voto.

Questo non è singolare se si considera che la holding, anche quando ha la funzione di trasmettere una società, comporta comunque un procedimento che si concreta in un trasferimento indiretto del diritto di voto. ne deriva un'elevatissimo grado di incidenza sull'attività gestoria della società oggetto dell'operazione, o delle società organizzate in gruppo.

« *Les holdings de transmission sont un très bon moyen de transmettre l'entreprise en montant un système sophistiqué qui permet à un enfant désireux de rester dans l'entreprise de pouvoir* »,

Possono farsi alcuni casi :

- 1- in cui l'azienda ha diverse attività che possono essere separate l'uno dall'altra e assegnata a ciascuno degli eredi. In questo caso, la holding consente all'imprenditore di creare degli spin off di queste attività al fine di trasmetterli ai suoi figli.
- 2- -Inoltre, l'uso di una holding non esclude l'uso di una donazione con riserva di usufrutto. Al contrario, entrambi le operazioni sono combinate. la sono quasi sempre combinate: la donazione con riserva di usufrutto fornisce due tipi di benefici:

La holding, come la donazione con riserva di usufrutto di, offre la possibilità di effettuare un trasferimento d'impresa.
L'oggetto immediato è rappresentato dal trasferimento del diritto di voto.
L'analisi della dottrina è incentrata sul verificare la validità di questo tipo di società, quando si produce un trasferimento indiretto del diritto di voto.
Viene altresì considerato uno strumento di trasmissione generazionale della ricchezza.

§4.LES RISQUES DU TRANSFERT TEMPORAIRE DE PROPRIÉTÉ EN DROIT COMMUN ⁴⁶⁵ L'INSUFFICIENZA DEI MODELLI CIVILISTICI.

- In primo luogo, permette di beneficiare di risparmi fiscali, riducendo la base imponibile per la donazione della nuda proprietà solo e permettendo di godere dei benefici della donazione-partage

- In secondo luogo, garantisce un reddito essenziale all' imprenditore pur mantenendo il controllo sulla società.

Si registra pertanto una contiguità funzionale tra la société holding et la donation avec réserve d'usufruit .

⁴⁶⁵ Sul punto cfr. DAIGRE J.-J., *Précisions relatives au gage de compte d'instruments financiers. Commentaires du décret du 21 mai 1997*, Droit des sociétés, juillet-août 1997, n° 9, p. 4.759 AUCKENTHALER F., *Gage de compte d'instruments financiers*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1997, fascicule n° 2130, n° 2 et 3, p. 2. E' opinione diffusa da parte della dottrina che gli operatori dei mercati finanziari hanno subito capito le imperfezioni contenute dal diritto comune nel tentativo di adattare le strutture civilistiche al diritto dei mercati finanziari, tanto più che queste imperfezioni erano più sensibili prima della riforma del 23 marzo 2006.

I contratti civilistici vengono in conto in ambito finanziario specie per la loro idoneità a creare una proprietà temporanea.

Infatti, la proprietà è *considerata la regina delle garanzie*, il che spiega lo sviluppo dei contratti di fiducia.

« *De fait, la propriété demeure la reine des sûretés, ce qui explique le développement de sûretés fiduciaires* » (GRIMALDI M., *Problèmes actuels des sûretés réelles*, Les Petites Affiches, 26 juin 1996, n° 77, p. 7 ; PERROT A., *La vente à réméré de valeurs mobilières*, R.T.D. Com., 1993, p. 1.).

Questi contratti hanno lo svantaggio di privare il debitore del valore della proprietà. Contratti civili che sono stati utilizzati principalmente da questi operatori finanziari sono prestiti al consumo e vendita e pronti contro termine. Questi due accordi hanno permesso di operare tale trasferimento di proprietà con i futura restituzione A differenza della vendita

con riserva di proprietà, regolata dagli articoli 2367 e seguenti. del codice civile, nella quale il venditore rimane in proprietà fino al completo pagamento.

. « *Il en résulte que la réserve de propriété n'opère qu'un seul transfert de propriété sans qu'il soit prévu une restitution à terme.* » Cf. PUIG P., *La fiducie et les contrats nommés*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 74

I Contratti di mutuo rientrano a pieno titolo all'interno delle strutture civilistiche adattate a finalità finanziarie. Si tratta di contratti tramite il quale una persona consegna ad un'altra (a titolo precario) un oggetto, materiali, merci o denaro. Al termine del contratto, la cosa oggetto del prestito deve essere restituita. Il mutuatario è un detentore.

Il Codice civile prevede tre tipi di mutui: le prêt à usage o commodat ; le prêt à consommation ; le prêt d'intérêt". Nel primo caso, il mutuatario deve restituire il bene stesso consegnato senza potere disporne. Nel secondo caso, il mutuatario deve restituire una cosa della stessa specie, della stessa qualità e quantità. Questi contratti sono in principio a titolo gratuito. "Le prêt à intérêt" fa l'oggetto di una regolamentazione precisa per quanto riguarda la stipulazione degli interessi (deve essere fatta per iscritto), l'ammontare del mutuo, il calcolo degli interessi e la loro capitalizzazione

Questo trasferimento di proprietà si riferisce corrispondentemente ad una somma di denaro e in azioni. Il prestito di denaro, vale a dire, il credito è l'operazione principale, mentre il prestito o la vendita di riacquisto di azioni interviene solo a titolo accessorio a garanzia del rimborso dei fondi AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2122, n° 99, p. 12.

Così PERROT A., *idem*.763. « *La particularité de la faculté de rachat apermis d'utiliser la vente comme technique de crédit, transférant la propriété à titre de garantie* » « *Substitut de la vente à réméré, le prêt de titres est une garantie donnée à un emprunt contracté – le but de l'emprunteur étant alors l'obtention de liquidités, ainsi qu'il est pratiqué en matière de réméré* »

cfr (AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2122, n° 100 passim)

Sulle problematiche relative all'adattamento dei contratti nominati civilistici, alle finalità finanziarie e societarie:

La perte est pour le propriétaire » : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitiant, P.U.F., 8^{ème} éd., 2000. Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 1991. Cf. DIDIER P., *Rev. Soc.*, 1991, p. 737 ; ZENATI F., *R.T.D. Civ.*, 1994, p. 381. Cass. 1^{ère} civ., 12 novembre 1998. Cf. AYNES L., *D.*, 1999, p. 167 ; HOVASSE H., *J.C.P. éd. N.*, 1999, p. 351 ; PIEDELIEVRE S., *J.C.P. éd. G.*, 1999, I, 10027 ; ZENATI F., *R.T.D. Civ.*, 1999, p. 422. AUBRY C. et RAU C., *Droit civil français*, Tome II, par ESMEIN P., Librairies Techniques, 7^{ème} éd., 1961, p. 58. GUYON Y., *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 1^{ère} éd., 1993, n° 266, p. 330. 796 AUCKENTHALER F., *Prêts de titres*, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2125, p. 6 ; COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 1996, n° 622, p. 481 ; JEANTIN M., *Les prêts de titres*, *Rev. Soc.*, 1992, p. 482 ; MERCADAL B. et JANIN P., *Sociétés commerciales*, *Mémento pratique* Francis Lefebvre, 2002, n° 7664, p. 416 ; TERRE F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, *Bibl. dr. privé*, Tome 2, préface de LE BALLE R., L.G.D.J., 1957, n° 24, p. 27.

Con questa espressione la dottrina francese, nella manualistica di settore indica i punti di torsione che vengono a determinarsi nell'adattamento delle strutture civilistiche al diritto dei mercati finanziari.

In sintesi si possono evidenziare tre problematiche:

- Questi contratti quasi sempre perseguono una finalità immediata che consiste nella precostituzione di una garanzia, in capo al creditore. Mediante la creazione di una proprietà temporanea il debitore subisce lo spossessamento del valore della proprietà. Tale circostanza pare assumere in taluni casi contorni più gravosi, se l'operazione interviene in uno *spatium temporis* non contenuto, attesa la rimodulazione del divieto del patto commissorio, intervenuta poco prima dell'avvento della fiducie. (su cui ampiamente supra).
- Dovendo pertanto realizzare interessi di natura finanziaria a tempi differenziati, molto spesso tali contratti non sono dotati di uno schema legale sufficientemente idoneo, e richiedono, pertanto, la combinazione con altri negozi, o perseguono la finalità in via indiretta (si veda la combinazione della donazione di azioni con riserva di usufrutto e la costituzione della società holding).
- In punto di disciplina, si pongono delle difficoltà ermeneutiche di non poco momento, dovute dall'applicazione delle norme imperative per ciascun tipo contrattuale, associate alla necessaria considerazione unitaria dell'operazione indiretta che può aprire il varco a situazioni simulatorie o elusive.
- L'applicazione di questi contratti in ambito societario si interseca sempre con gli intenti parasociali dei contraenti, finalizzati ad un esercizio indiretto del diritto di voto o del trasferimento di questo (a scopo di controllo o di alterazione della compagine sociale).

7) LES CONTRATS NOMMÉS (NUOVI CONTRATTI DI NATURA FINANZIARIA)

Dopo aver analizzato i contratti civilistici e i relativi punti di torsione nella loro applicazione al contesto finanziario, si passa ora ad analizzare quei contratti nominati (nel senso questa volta di tipici) che il Legislatore ha predisposto appositamente per alcune tipologie di operazioni finanziarie.

L'esame come nel caso precedente verte sull'individuazione dei profili di compatibilità di queste nuove strutture con le operazioni fiduciarie, a partire dal referente rappresentato dalla proprietà temporanea.

Secondo la dottrina francese i contratti si qualificano come nominati, « *par opposition aux contrats innommés, leurs appellations, consacrées par la loi, correspondent à une espèce particulière de convention soumise, en tant que telle, à certaines règles spéciales* »⁴⁶⁶.

Si tratta, quindi, di nuovi contratti di ispirazione civilistica modellati per realizzare finalità prettamente finanziarie, il cui tratto qualificante è rappresentato dal trasferimento della proprietà temporanea dei titoli.

Nello specifico il riferimento è alle seguenti ipotesi:

a- Le prêt de titres financiers institué par la loi du 17 juin 1987⁴⁶⁷ ;

b- La garantie des obligations financières ;

c- La pension, creazione ad opera della prassi bancaria e recepita in una regolamentazione sistematica per effetto della loi du 31 décembre 1993⁴⁶⁸ .

La *sedes materiae* è rappresentata dal *Code monétaire et financier*, almeno per quanto riguarda le disposizioni cardinali.

§ 1 - Le prêt de titres financiers⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 8ème éd., 2000.

⁴⁶⁷ Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 : Loi sur l'épargne. J.O.R.F. du 18 juin 1987, p. 6519.

⁴⁶⁸ Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 : Loi portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers. J.O.R.F. du 5 janvier 1994, p. 231.

⁴⁶⁹ Sul tema :AUCKENTHALER F., *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J., 2004 ; *Les transferts temporaires de titres sur les marchés de l'argent*, Thèse Montpellier, 1992 ; *Prêts de titres*, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 2001, fascicule n° 2125 ; BAFFOY G., *Le prêt de consommation de titres de sociétés*, J.C.P. éd. N., 1996, I, n° 16, p.572 ; BARTHELEMY J.-N., *Pension livrée et prêts de titres*, Banque, 1990, p. 7 ; BISQUERRA M. et LENCQUESAING E.-F., *Prêts-emprunts de titres, éléments d'une doctrine*, Banque, 1990, p. 1063 ; CAUSSE H., *Prêts de titres et titres de créances négociables après la loi du 26 juillet 1991*, J.C.P. éd. E., 1992, I, 125 ; CHAMBERT M. et TRICOU J., *Le prêt de titre dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne*, Banque, 1988, p. 732 ; CROCQ P., *Propriété et garantie*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 248, préface de GOBERT M., L.G.D.J., 1995 ; GENTILI C., *Les transferts momentanés de titres*, Thèse Lyon, 1996 ; GIRARD M.-H., *Prêt, dépôt, séquestre, location et crédit-bail*, Rev. Soc., 1999, p. 787 ; GUYON Y.,

Gli artt da 31 à 38 de la loi du 17 juin 1987 hanno modificato gli articoli della legge L. 211-22 mentre le disposizioni del Code monétaire et financier si occupano di delinearne il regime fiscale

La disciplina è completata a livello sussidiario dalla L. 221-22 3° modificativa degli artt da 1892 à 1904 du Code civil. civiliste du prêt de titres financiers..

Inoltre, va notato che il legislatore, qualificando il prestito titoli, credito al consumo, ha forse sentito l'esigenza, secondo un'interpretazione analogica, di includere nella nozione il prestito di azioni ordinarie, che è anche considerato un credito al consumo

§ 2 - La garantie des obligations financières⁴⁷⁰

régime juridique des prêts de titre, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1988, n° 6, p. 36 ; *Prêts de titres*, J.-Cl. Sociétés, 1991, fascicule n° 2125 ; HEINRICH J.-B., *Du prêt de titres*, Rev. Jurisp. Com., 1992, p. 282 ; JEANTIN M., *Les prêts de titres*, Rev. Soc., 1992, p. 465 ; LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997 ; LUNEL-JURGENSEN A. et GUERANGER F., *Le réméré, la pension et le prêt de titre*, Banque, 1992, p. 144, p. 246 et p. 361 ;

⁴⁷⁰il riferimento normativo è rappresentato da La loi du 26 juillet 1991 (Loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 : Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. J.O.R.F. du 27 juillet 1991, p. 9955 ; Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 : Modernisation des Activités Financières. J.O.R.F. du 4 juillet 1996, p.10063 ; a questa normativa base deve aggiungersi la loi du 15 mai 2001 (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 : Nouvelles Régulations Économiques. J.O.R.F. du 16 mai 2001, p. 7776.) sul tema delle garanzie aventi ad oggetto il trasferimento temporaneo dei titoli. Per il recepimento delle Direttive europee : Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 : Simplification des procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière. J.O.R.F. du 25 février 2005, p. 3254, di recepimento della Direttiva 2002/47/CE du 6 juin 2002 (J.O.C.E., n° L. 168, 27 juin 2002, p. 43.) in tema di garanzie finanziarie.

Infine in ordine agli strumenti finanziari e alla costituzione di garanzie su strumenti finanziari cfr. l'ordonnance du 8 janvier 2009 (Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 : Ordonnance relative aux instruments financiers. J.O.R.F. du 9 janvier 2009, p. 570. Cfr. PACLOT Y., *La réforme des instruments financiers par l'ordonnance du 8 janvier*. Cfr LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 52, p. 28 et 29, note de basde page n° 48.

La regolamentazione è altresì contenuta in L. 211-38 et L. 211- 39 du Code monétaire et financier. Ai sensi della L. 211-38 I : « À titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens et droits, réalisables, même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce [une procédure collective] ou d'une

procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition. Les dettes et créances relatives à ces garanties et celles afférentes à ces obligations sont alors compensables conformément au I de l'article L. 211-36-1».

In sintesi i tratti principali della garanzia delle obbligazioni finanziarie:

Le condizioni di applicazione

Bisogna verificare quali siano i titoli ammissibili (1) e le parti che possono costituirle (2).

1 – Le condizioni di ammissione dei titoli

Secondo l'art L. 211-36 1° che si riferisce alle « *obligations financières résultant d'opérations sur instrument financiers* »

i titoli oggetto del contratto sono:

1) I titoli di capitale emessi da società; 2) I titoli di debito, esclusi quelli commerciali paper e le bollette; 3) Le quote o azioni di organismi di investimento collettivo; 4) Contratti finanziari c.d "futures" Ovvero secondo la terminologia del legislatore

Les titres de capital émis par les sociétés par actions ;

- Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des traites ;

- Les parts ou actions d'organismes de placement collectif ;

- Les contrats financiers, également dénommés « instruments financiers à terme »,

contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret.

- Gli effetti della garanzia delle obbligazioni

1 - La natura della garanzia

- Secondo L. 211-38 I, la garanzia può rivestire due forme:

Da un lato, può essere costituita consegnando piena proprietà di strumenti finanziari, titoli, effetti, crediti o somme di denaro. È quindi costituendo una garanzia fiduciaria;

- D'altra parte, può essere costituita da una garanzia "convenzionale", cioè da una forma di garanzia sulla stessa proprietà

In particolare « *La directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 966 « concernant les contrats de garantie financière »* [transposée en droit français par l'ordonnance du 24 février 2005 967] *inclut dans son champ d'application aussi bien les « contrats de garantie financière avec transfert de propriété » que les « contrats de garantie financière avec constitution de sûreté ».* La seconde catégorie correspond, en droit français, au gage de compte d'instruments financiers [nantissement de comptes-titres] » così SYNDET H., *L'objet du gage de compte d'instruments financiers*, Litec, Mélanges offerts à Jacques Béguin, *Droit et actualité*, 2005, p. 719.

Quindi sono inclusi nell'ambito applicativo sia i" contratti di garanzia finanziaria con trasferimento di proprietà "che i contratti di garanzia finanziaria senza costituzione costituzione di garanzia.'

S'agissant d'une sûreté classique, elle n'est pas également sans présenter d'intérêt. Cette sûreté prendra la forme d'un nantissement de comptes-titres, ce qui permettra au débiteur de conserver la gestion du portefeuille nanti (PLAIS S., *L'attribution judiciaire du gage en cas de procédures collectives*, Banque et droit, 2003, p. 3

Ulteriori modifiche di disciplina sono avvenute per effetto dell'ordonnance du 25 février 2005 a introduit une autre modification s'agissant de la garantie de l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier : le droit d'utilisation et d'aliénation par le bénéficiaire des biens et droits nantis ; l'article 964 Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 :

3 - La pension⁴⁷¹

La pension è stata progettata dalla prassi bancaria a Londra da più di un secolo ed è un perfetto esempio di Lex mercatoria.

Si tratta di uno strumento che ha permesso agli istituti creditizi di rifinanziare degli enti vale con la vendita dei loro crediti con un meccanismo operativo simile al prestito titoli.

L'ente ha ceduto temporaneamente crediti o titoli contro una somma di denaro, che gli ha permesso di rifinanziarsi e, alla scadenza, può ricomprarli (*: l'établissement cédait temporairement des créances ou des titres contre une somme d'argent, ce qui lui permettait de se refinancer puis, à l'échéance, il rachetait ces créances ou ces titres en restituant le prix d'origine augmenté d'un intérêt prorata temporis, ce qui permettait à l'autre partie de réaliser un placement avantageux*).

Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie. J.O.R.F. du 31 janvier 2009, p. 1854. Così DAIGRE J.-J., *Précisions relatives au gage de compte d'instruments financiers. Commentaires du décret du 21 mai 1997*, Droit des sociétés, juillet-août 1997, n° 9, p. 4.

Infine si veda L. 211-38 : « *L'acte prévoyant la constitution des sûretés mentionnées au I peut définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents. Les sûretés concernées portent alors sur les biens ou droits équivalents ainsi restitués comme si elles avaient été constituées dès l'origine sur ces biens ou droits équivalents [...]* »

⁴⁷¹ Sul tema ALLOUCHE R., *Opérations de pension livrée. Impact de l'ouverture d'une procédure collective*, Banque et droit, 1991, n° 18, p. 133 ; AUCKENTHALER F., *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J., 2004 ; *Les transferts temporaires de titres sur les marchés de l'argent*, Thèse Montpellier, 1992 ; *Les incertitudes juridiques de la pension livrée*, J.C.P. éd. E., 1991, I, 42 ; *Pension*, J-CI. Banque-Crédit-Bourse, 1994, fascicule n° 2123 ; BARTHELEMY J.-N., *Pension livrée et prêts de titres*, Banque, 1990, p. 7 ; BORDENAVE Ph., *Le feuillet de la pension livrée*, Banque, 1990, p. 729 ; *L'essor de la pension livrée*, Banque, 1991, p. 745 ; CROCQ P., *Propriété et garantie*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 248, préface de GOBERT M., L.G.D.J., 1995 ; FERRY C. et BIGNON J.-C., *Les opérations de pension*, J.C.P. éd. E., 1994, I, 389 ; GENTILI C., *Les transferts momentanés de titres*, Thèse Lyon, 1996 ; HAMEL (G.), *L'aval en pension*, Banque, 1957, p. 707 LEGEAIS D., *Les garanties conventionnelles sur créances*, Thèse, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, avant-propos de STOUFFLET J., préface de REMY P., Economica, 1986 ; LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997 ; LUNEL-JURGENSEN A. et GUERANGER F., *La pension nouvelle est arrivée*, Banque, 1995, n° 556, p. 58 ; NORMAND J., *Les opérations bancaires de pension*, R.T.D. Com., 1966, p. 791 ; PERROT A., *Pension de titres et transfert de propriété*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1994, p. 252.

8) PROPRIETA' TEMPORANEA E PROPRIETA' ECONOMICA

Secondo parte della dottrina qualificare il portage alla stregua di una fattispecie negoziale atipica, sostanzialmente riconducibile ad una particolare forma di fiducia romanistica, di tipo dinamico risulterebbe sicuramente più rispettoso della volontà delle parti e della genuina ratio dell'operazione⁴⁷²

La dottrina francese propende per questa ricostruzione⁴⁷³

In particolare WITZ⁴⁷⁴:

“A’ vrai dire, la promesse unilaterale d’achat occulte, là comme ailleurs, les rapports d’ensemble que fait maître l’opération de portage. Si l’on renonce à la technique de la vente pour assurer le transfert des titres, et qu’on lui substitue une formule plus conforme à la nature de l’opération, la cause de l’obligation du donner d’ordre apparait plus clairement.... La validité de l’opération en sortirait reforcée”

Nel concetto di *economic ownership* accolto da HU e BLACK si considera pacificamente anche l'ipotesi di attribuzione in via indiretta (tramite la stipulazione di strumenti derivati ovvero tramite la previsione di diritti

⁴⁷² P. CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.123ss

⁴⁷³ P. PEGUET, H. FRANCOIS-MARSAL, *Fiducie et portage, quelques remarques complémentaires*, in *Rev. Banque et droit*, 1991, p.65;

⁴⁷⁴ C. WITZ, cit. nt.6 par.2, p.611.

contrattuali) delle utilità (dividendi-distribuzioni, plusvalenze) invenienti nel possesso azionario⁴⁷⁵

Nel senso di rigettare la pregnanza giuridica di una nozione di *propriété économique*, SOURMANI,⁴⁷⁶ con riferimento all' ipotesi del portage , proprio in virtù della natura meramente interna e obbligatoria dell'attribuzione all' ordinante di pregorative diritti , diritti rischi dominicali del porteur/proprietario.

La prospettiva suesposta è confermata da WITZ⁴⁷⁷

Questo breve excursus ci permette di sottolineare l'ambivalenza delle posizioni della dottrina circa il contenuto della proprietà temporanea.

Come si è avuto modo di segnalare il legislatore non è arrivato improvvisamente con la legge istitutiva delle Fiducie ad imprimere la c.d. rifrazione dell'unità dominicale di stampo napoleonico.

Da un punto di vista descrittivo, infatti, sono presenti una serie di tipologie negoziali che presuppongono l'esistenza di forme di proprietà temporanea.

Queste tipologie dominicali presentano dei tratti comuni:

- Presentano un carattere strumentale in relazione alla struttura causale dell'operazione in cui sono inserite;
- Accedono molto spesso a delle ipotesi di fiducia a titolo di gestione;
- Quando sono inserite nel contesto di contratti finanziari, risultano strumentali alla precostituzione di una forma di garanzia;

Anche la dottrina si muove su di una traiettoria descrittiva, per cui non preferisce affrontare ex professo il tema della separazione patrimoniale. Ritiene invece funzionale valutare che, come avviene nel caso del portage, ma lo stesso discorso vale anche per altre strutture contrattuali, il dato effettuale di una proprietà temporanea (strumentale) costituisca ormai ius

⁴⁷⁵ H.T.C. HU-B. BLACK, cit. nt.78, p.3

⁴⁷⁶ P.SOURMANI, cit. nt.7, par.1, p.497.

⁴⁷⁷ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, p.246.

receptum per il diritto civile e per il diritto finanziario, già prima dell'istituzionalizzazione di un contratto fiduciario.

E' come se nella consapevolezza della dottrina venisse in conto prima il dato effettuale della temporaneità dell'investitura reale associata, prima che al contenuto fiduciario del rapporto a monte, alla strumentalità del diritto.

Di questa consapevolezza maturata minutatim né è prova la progressiva introduzione di forme di separazione patrimoniale, legate all'attività di impresa come nel caso dell'Eirl.

9) L'EIRL

In Italia un analogo dibattito circa l'attuazione di forme di separazione patrimoniale nel contesto del diritto societario si sono avute con l'introduzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ L'introduzione in Italia dell'istituto dei patrimoni destinati ha determinato la riapertura di un dibattito relativo alla separazione patrimoniale e alla costituzione di enti di secondo livello, legati alla possibilità di procedere a forme di articolazione del patrimonio -precedentemente la XII direttiva comunitaria di armonizzazione del diritto delle società relativa alla s.r.l. unipersonale (direttiva 89/667/CEE del 21 dicembre 1989) aveva previsto, accanto a tale opzione e sempre al fine dichiarato di limitare la responsabilità dell'imprenditore ad una determinata massa di beni, la possibilità di costituire patrimoni destinati ad una specifica attività, da individuare nell'ambito del patrimonio generale dell'imprenditore medesimo.

- il nostro diritto societario si è uniformato ai principi di origine comunitaria prima con la possibilità di costituire una struttura societaria unipersonale (per la s.r.l. con il D.lgs. n. 88 del 1993 ed oggi, per effetto del D.lgs. n. 6 del 2003 di riforma del diritto societario, anche per la s.p.a.),

-anche in altri paesi europei si sono verificati fenomeni di recezione analoghi a quello della Francia e dell'Italia determinando la nascita di soluzioni di secondo grado come strumenti per operare una separazione patrimoniale in un contesto societario. Questo è il caso del Portogallo.

-La legislazione portoghese ha introdotto sin dal 1986 (D.L. 25 agosto 1986, n. 248) l'istituto dell'estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada (EIRL), ossia un patrimonio separato o di destinazione, privo di autonoma personalità giuridica, che costituisce il limite della responsabilità assunta dall'imprenditore individuale per

Dobbiamo ora dare conto di questa evoluzione che per effetto delle Direttive Ue ha riguardato il diritto continentale, sia in Portogallo che in Francia.⁴⁷⁹

Si parla normalmente di soluzioni di secondo livello, in quanto la separazione patrimoniale, con il conseguente grado di autonomia patrimoniale, non induce forzosamente la creazione di un *soggetto alter* dotato di personalità giuridica. Si preferisce, invece, creare una separazione di masse, nel contesto del patrimonio del medesimo soggetto. In questo modo le masse separate sono entrambe riconducibili ad una unità soggettiva, senza la necessaria creazione di un nuovo ente⁴⁸⁰.

La dottrina italiana ha cercato dei punti di contatto tra i patrimoni destinati e l'Eirl, ma si ritiene che l'assimilazione sia possibile solo su di un piano empirico, nel perimetro delle soluzioni di secondo livello di cui supra.⁴⁸¹

In verità un profilo differenziale, da un punto di vista dogmatico è evincibile *ictu oculi*, qualora si consideri la funzione di garanzia che i patrimoni destinati assolvono nei confronti dei creditori coinvolti. Il rapporto che viene altresì ad instaurarsi con la società gemmante, presenta specifici

l'esercizio di una impresa determinata. Ex art. 1, comma 1, del su citato D.L. n. 248/86 si statuisce che «qualsiasi persona individuale che esercita o intende esercitare un'attività commerciale può costituire a tale scopo un'impresa individuale a responsabilità limitata», ulteriormente precisando, al comma 2, che a tal uopo «l'interessato destina all'impresa individuale a responsabilità limitata una parte del suo capitale, il cui valore rappresenterà il capitale iniziale d'impresa»

⁴⁷⁹ Sul D.L. 25 agosto 1986, n. 248, decreto con cui il Portogallo ha codificato la figura dell'estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada, cfr., per tutti, P. BALZARINI, L'impresa individuale a responsabilità limitata in Portogallo, in Riv. soc., 1988, n. 4, p. 847 ss.

⁴⁸⁰ Anche in questo caso, dunque, si è di fronte ad uno strumento in grado di consentire l'esercizio di un'attività d'impresa in regime di responsabilità limitata, senza ricorrere alla costituzione di un organismo societario dotato di distinta personalità giuridica. Si tratta delle c.d. soluzioni di secondo grado.

⁴⁸¹ Tuttavia, di là dalle similitudini tra EIRL e patrimonio ex art. 2447-bis, lett. a), cod. civ., diverso è il regime di responsabilità patrimoniale che consegue alla creazione di un estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada, dal momento che in questo caso l'effetto separativo risulta di tipo meramente unilaterale.

profili di specialità proprio per il regime di separazione⁴⁸² che non sono comparabili con il grado di separazione indotto dallo statuto Eirl.

Ai nostri fini l'introduzione dell'Eirl, in Francia, è solo fenomenologicamente connesso al proliferare di fenomeni di articolazione patrimoniale, che abbiamo già ravvisato, nell'impiego contrattuale della proprietà temporanea.

Passando in medias res, poco prima dell'avvento della Fiducie si è attestata l'introduzione nel panorama giuridico francese di nuova figura: l'imprenditore individuale a responsabilità limitata (Eirl)⁴⁸³. In sostanza, con l'introduzione dello statuto "Eirl" si è permesso ad artigiani, commercianti e lavoratori autonomi di mantenere distinto il patrimonio personale da quello destinato all'attività commerciale o professionale. L'obiettivo principale è proteggere il patrimonio personale dell'imprenditore in caso di fallimento. un'importante modifica del diritto societario francese, fondato sulla teoria dell'unicità del patrimonio dell'imprenditore individuale, con notevoli ripercussioni anche in materia fiscale e contributiva. Già a livello di proposta, la normativa aveva riscosso l'unanime approvazione, da parte delle associazioni di categoria.

Prima dell'avvento dell'Eirl, la situazione nell'ordinamento francese era così sintetizzabile; esistevano due dispositivi che consentono di limitare la responsabilità dell'imprenditore individuale:

⁴⁸² Cfr. A. LAUDONIO, *Patrimoni destinati e insolvenza: una prospettiva comparatistica*, in Banca, borsa tit. cred., n. 3/2006, p. 273 ss.

⁴⁸³ La legge n. 658 del 15 giugno 2010, ha introdotto nel panorama giuridico francese il regime dell'imprenditore individuale a responsabilità limitata (Eirl). La normativa approvata permette all'imprenditore di mantenere distinto il patrimonio personale da quello destinato all'attività commerciale o professionale senza dar luogo alla creazione di una nuova persona giuridica. L'obiettivo è proteggere il patrimonio personale dell'imprenditore in caso di fallimento. Viene pertanto individuata una soluzione di secondo livello. Le disposizioni di carattere fiscale sono state codificate nell'articolo 1655 sexies nel codice generale delle imposte (Cgi), oggetto di recenti chiarimenti da parte dell'Amministrazione finanziaria francese.

1-la costituzione di una società unipersonale a responsabilità limitata (Eurl)⁴⁸⁴;

2-la dichiarazione di "insequestrabilità" di alcuni beni appartenenti al patrimonio personale dell'imprenditore⁴⁸⁵.

L'introduzione dell'Eurl prevede l'osservanza di due principi base:

- I. la libertà di scelta dell'imprenditore che non deve essere costretto a creare una società per proteggere il proprio patrimonio e la propria famiglia
- II. il sostegno allo spirito imprenditoriale, evitando che il fallimento dell'impresa sia sinonimo di rovina personale e familiare.

L'Eurl permette, infatti, la separazione del patrimonio dell'imprenditore, che resta comunque proprietario di entrambi, distinguendo quello personale da quello destinato all'esercizio dell'attività. Questa separazione non comporta la nascita di una nuova persona giuridica.

Dal punto di vista soggettivo possono accedere allo statuto Eurl sia coloro che iniziano una nuova attività sia coloro che hanno già iniziato l'attività, indipendentemente dalla dimensione economica dell'impresa (quindi anche

⁴⁸⁴ Introdotta nel 1985, l'Eurl è stata poco utilizzata (4% delle imprese individuali esistenti nel primo semestre 2009) in quanto l'imprenditore è tenuto agli stessi gravosi adempimenti previsti per le società, vale a dire redigere lo statuto, depositare il bilancio, dotarsi di un capitale sociale, nominare un amministratore

⁴⁸⁵ Dal 2003 invece la dichiarazione di insequestrabilità consente di attenuare le eccessive conseguenze derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa in forma individuale mediante la previsione di "inattaccabilità" dei diritti relativi all'immobile in cui l'imprenditore individuale ha stabilito la residenza principale e, in maniera più generale, dei diritti relativi a beni immobili edificati e non edificati non destinati all'esercizio dell'attività commerciale o professionale. Anche questa misura ha riscosso poco successo, considerato il carattere "parziale" della protezione, limitato solo ai beni immobili che non sempre sono posseduti dall'imprenditore, soprattutto nella fase iniziale della propria attività.

gli auto-entrepreneurs che saranno tenuti ad obblighi contabili ancora più semplificati).

È sufficiente che l'imprenditore rediga una dichiarazione in cui elenca tutti i beni, i diritti e le garanzie di cui è titolare e tra questi quelli necessari all'esercizio dell'attività ovvero i beni, i diritti e le garanzie che decide di destinare all'attività. In tal modo il patrimonio "non destinato" costituisce la garanzia dei creditori personali dell'imprenditore, mentre il patrimonio "destinato" è la garanzia dei creditori dell'attività.

L'Eirl è prima di tutto un regime giuridico che esiste e si applica indipendentemente dal regime fiscale applicabile all'imprenditore individuale.

L'imprenditore individuale a responsabilità limitata resta proprietario dei beni che decide di destinare al patrimonio dell'attività e la propria responsabilità è limitata esclusivamente ai beni destinati al fondo patrimoniale i quali costituiscono garanzia patrimoniale dei creditori dell'impresa.

L'Eirl permette, infatti, la separazione del patrimonio dell'imprenditore, che resta comunque titolare di entrambi, distinguendo quello personale da quello destinato all'esercizio dell'attività.

Possono accedere al regime dell'Eirl sia coloro che iniziano una nuova attività sia coloro che hanno già iniziato un'attività, indipendentemente dalla dimensione aziendale, dalla tipologia di reddito prodotto (commerciale, professionale o agricolo) e dal regime di determinazione del reddito (reale o forfetario).

Il patrimonio destinato all'Eirl è composto da due categorie di beni:

- beni, diritti, garanzie e obbligazioni di cui l'imprenditore individuale è titolare, necessari per l'esercizio dell'attività;
- beni, diritti, garanzie e obbligazioni di cui l'imprenditore individuale è titolare, utili ma non necessari per l'esercizio dell'attività che possono essere destinati in tutto o in parte all'esercizio dell'attività dell'Eirl (è il caso dei beni ad uso promiscuo, come l'automezzo o il fabbricato ad uso abitativo).

Gli imprenditori tenuti all'iscrizione presso la camera di commercio (artigiani, commercianti) devono depositare la dichiarazione presso i registri della pubblicità legale, coloro che non hanno tale obbligo (lavoratori autonomi) devono depositarla presso la cancelleria civile del tribunale del luogo in cui ha sede l'attività. Il deposito ha valore di pubblicità costitutiva, pertanto, la dichiarazione è opponibile ai terzi che vantano crediti nati posteriormente alla pubblicazione. Nel caso in cui la dichiarazione di destinazione riguardi beni immobili è necessario un atto notarile, che viene trascritto presso la conservatoria dei registri immobiliari e il cui costo avrà un limite massimo stabilito con decreto. Una volta adempiuto alla formalità del deposito della dichiarazione, l'imprenditore deve successivamente depositare ogni anno la contabilità relativa all'attività esercitata. In caso di morte o di rinuncia del dichiarante si procede alla liquidazione non giudiziaria del patrimonio, mediante una semplice dichiarazione. Alla liquidazione viene data pubblicità mediante l'iscrizione nel registro della pubblicità legale se l'imprenditore iscritto alla camera di commercio oppure presso la cancelleria del tribunale⁴⁸⁶ ..

La dichiarazione di destinazione non comporta la creazione di un patrimonio autonomo. Con l'Eirl l'imprenditore individuale beneficerà dello stesso regime fiscale riservato al socio unico di una Eurl il cui reddito è assoggettato all'imposta sui redditi (Ir) secondo le regole applicabili alla categoria di reddito corrispondente alla natura dell'attività esercitata⁴⁸⁷. E' predisposta una clausola di salvaguardia. Se nell'esercizio dell'attività d'impresa l'Eirl ha impedito, anche mediante manovre fraudolente o a seguito della grave ripetuta inosservanza degli obblighi fiscali, la riscossione delle imposte e delle sanzioni dovute sul proprio reddito d'impresa, la riscossione di dette somme può avvenire "aggregando" il patrimonio personale dell'imprenditore se il tribunale competente ha constatato la reale commissione delle predette infrazioni. Ugualmente, qualora sia la persona fisica ad aver ostacolato, sempre con manovre fraudolente o a seguito della grave e ripetuta inosservanza degli

⁴⁸⁶ La normativa in tema di "Disposizioni di diritto intertemporale" ha previsto che entro nove mesi dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni sarà abrogato il regime introdotto nel 2003, relativo alla dichiarazione di inalienabilità dei beni immobili non destinati all'attività d'impresa. Tuttavia le dichiarazioni fatte anteriormente all'entrata in vigore dell'EIRL continueranno a produrre i loro effetti.

⁴⁸⁷ . Su opzione, l'imprenditore individuale potrà beneficiare invece del regime fiscale riservato all'Eurl e quindi essere assoggettato all'imposta sulle società (IS - 15% fino a 38.120 euro, 33% oltre).

obblighi fiscali, la riscossione delle imposte e delle sanzioni dovute dalla stessa o dal suo foyer fiscal sui redditi non derivanti dall'attività d'impresa, la riscossione può avvenire "aggredendo" il patrimonio destinato all'attività d'impresa successivamente alla constatazione del tribunale competente⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ L'articolo 1655 sexies del codice generale delle imposte stabilisce, ai soli fini fiscali, il principio dell'assimilazione dell'Eirl a una impresa unipersonale a responsabilità limitata (Eurl) ovvero, in caso di esercizio di attività agricola, ad una impresa agricola a responsabilità limitata (Earl) in cui il socio unico è l'imprenditore individuale che ha costituito il patrimonio destinato.

L'assimilazione si applica soltanto nell'ipotesi in cui l'Eirl sia assoggettata al regime reale (normale o semplificato) di determinazione del reddito. In tal caso l'Eirl è considerata una persona giuridica distinta dall'imprenditore individuale che l'ha costituita e, di conseguenza, il passaggio di un bene dal patrimonio di quest'ultimo a quello dell'Eirl viene trattato come una cessione o un apporto, così come il prelevamento di liquidità dalla cassa dell'Eirl da parte dell'imprenditore individuale è considerato alla stregua di una remunerazione o di una distribuzione di dividendi. La predetta assimilazione non opera quando l'Eirl è assoggettata al regime di determinazione forfetaria del reddito (che si applica anche nel caso dell'auto-imprenditore).

SEZIONE II

LA SEPARAZIONE PATRIMONIALE IN ITALIA

I. VERSO UN CONCETTO EVOLUTIVO DI PATRIMONIO.

§1. La compatibilità delle ipotesi di articolazione del patrimonio con il concetto di unità dominicale.

Secondo una definizione largamente condivisa il patrimonio è un complesso di situazioni giuridiche soggettive (susceptive di valutazione economica) appartenenti ad uno stesso soggetto di diritto, che, in conseguenza di ciò, esercita su di esse il proprio potere.

Secondo questa dottrina⁴⁸⁹ ogni patrimonio è allo stesso momento unitario, in quanto trova un elemento di unificazione in un centro di aggregazione di interessi e separato in quanto le sue vicende giuridiche sono distinte da quelle di un altro patrimonio⁴⁹⁰.

Secondo Ferrara⁴⁹¹ mentre il patrimonio è destinato allo scopo generale del soggetto, principalmente per procurargli le soddisfazioni dei bisogni economici e spirituali, il patrimonio separato è destinato ad uno scopo speciale.

All'interno di tale quadro sussistono delle prospettive differenti circa il modo di considerare le eventuali passività. Secondo alcuni, del patrimonio non farebbero parte le situazioni giuridiche passive relative ai beni che lo compongono⁴⁹².

⁴⁸⁹ IAMICELI P. *unità e separazione di patrimoni*, Padova 2003, p.XVII,

⁴⁹⁰ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, passim.

⁴⁹¹ FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, p.875

⁴⁹² *Sui patrimoni separati, cfr. in generale AA.VV., I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, a cura di S. Tondo, Torino, 2007; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei*

Altri sostengono che laddove si intenda utilizzare il termine patrimonio con riferimento ai soli rapporti giuridici attivi, si parla di “patrimonio netto” e che pertanto, mentre da un punto di vista economico non esiste patrimonio se l’ammontare del passivo pareggi o sopravanza quello dell’attivo, da un punto di vista giuridico il concetto di patrimoni sarebbe integrato anche in quest’ultima ipotesi⁴⁹³.

“Basti pensare alla c.d. eredità onerosa (passivo maggiore dell’attivo): patrimonio concepito come universalità quale che sia il rapporto quantitativo risultante tra la differenza delle poste attive e passive”.⁴⁹⁴ L’a. Definisce il patrimonio come l’attitudine del soggetto ad acquistare (il termine patrimonio deriva infatti da pater), da cui deriva che in capo a ciascun soggetto è riconducibile un complesso di rapporti giuridici attivi e passivi che si configura mutevole (con la conseguenza che, mentre è possibile alienare i singoli beni che compongono il patrimonio, non è possibile alienare il patrimonio stesso)⁴⁹⁵.

§2. La definizione del patrimonio in termini di contenuto variabile e struttura dinamica.

Quindi il patrimonio ha carattere variabile e natura dinamica: le varie poste che lo compongono non sono fisse ma sostituibili. Le medesime situazioni,

patrimoni, Padova, 2003; M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996; A. PINO, Il patrimonio separato, Padova, 1950; A. BUONFRATE, Patrimonio destinato e separato, in Digesto disc. priv., sez. civ., Aggiornamento, ***, II, Torino 2007, p. 878; L. BIGLIAZZI GERI, Patrimonio autonomo e separato, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, p. 280; P. GABRIELE, «Dall’unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno», in Giur. comm., 2010, I, p. 593; A. JANNARELLI, «Brevi note a proposito di “soggetto giuridico” e di “patrimoni separati”», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2009, p. 1253; R. QUADRI, «La circolazione dei beni del patrimonio separato», in Nuova giur. civ., 2006, II, p. 7; P. FERROLUZZI, «La disciplina dei patrimoni separati», in Riv. soc., 2002, p. 121; A. GAMBARO, «Segregazione e unità del patrimonio», in Trusts, 2000, p. 155; L. BIGLIAZZI GERI, A proposito di patrimonio autonomo e separato, in Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Milano, 1998, p. 105.

⁴⁹³ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, passim.

⁴⁹⁴ BECCHETTI, *E Riforma del diritto societario. patrimoni separati dedicati e vincolati*, in Riv. Del Notariato, 2003, I, p. 49ss.

⁴⁹⁵ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, p. 30ss.

al pari della valutazione economica di una o più di esse, possono variare , aumentare e diminuire.

L'elemento di continuità del patrimonio è costituito dal suo titolare centro direzionale che assicura l'aggregazione e il coordinamento degli interessi e che tuttavia può mutare nel tempo;⁴⁹⁶

La variabilità del patrimonio è imputabile in via diretta e indiretta, ai titolari del patrimonio stesso. Infatti la variazione patrimoniale può verificarsi sia in conseguenza dell'esercizio del potere di disposizione del patrimonio da parte dei soggetti che ne hanno la titolarità, sia in conseguenza dell'azione dei soggetti con i quali il titolare del patrimonio interagisce⁴⁹⁷.

§3L'articolazione del patrimonio come proiezione dell'articolazione della responsabilità patrimoniale. Il patrimonio come forma di garanzia.

Il patrimonio risulta avere una funzionalità polivalente

a) *Il Patrimonio con funzione satisfattiva.* L'eventuale azione dei terzi su un patrimonio è peraltro la conseguenza della funzione che è propria del patrimonio stesso, infatti, se è vero che, nei confronti dei soggetti che ne sono titolari, il patrimonio ha una funzione satisfattiva, non può trascurarsi la sua funzione di garanzia nei confronti dei terzi, che costituisce una conseguenza della rilevanza giuridica riconosciuta dall'ordinamento agli interessi di questi (tra i quali vi è ovviamente anche l'interesse alla tutela del proprio patrimonio)⁴⁹⁸.

C) *Il patrimonio in funzione di garanzia generica per l'adempimento.* Ciascun patrimonio costituisce infatti una forma di

⁴⁹⁶ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, p.30ss.

⁴⁹⁷ Così testualmente G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, cit.ibidem.

⁴⁹⁸ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit.ibidem

garanzia per i creditori del suo titolare, nella prospettiva di un inadempimento di quest'ultimo.

D) Il patrimonio come meccanismo di garanzia anticipatamente attivato. Ciascun patrimonio costituisce una forma di garanzia anticipata, che opera nella prospettiva del sorgere di determinati rapporti giuridici (e quindi non solo del loro inadempimento, una volta che essi siano venuti in essere); ciò costituisce ad esempio una delle ragioni che sono alla base dell'obbligatorietà del capitale sociale nelle società di capitali, nonché delle norme che riguardano la sua eventuale riduzione⁴⁹⁹.

E) La riconducibilità a ciascun patrimonio di una eterogeneità di situazioni creditorie. Ciascun patrimonio risulta essere il termine materiale di riferimento per una serie fortemente differenziata di creditori del rispettivo titolare. In quest'ottica assume rilievo il rapporto tra patrimonio e principio della par condicio creditorum, attraverso il quale l'ordinamento giuridico distribuisce in modo indifferenziato su tutti i creditori il rischio di non essere soddisfatti in sede di esecuzione.⁵⁰⁰

§4.(Segue) la corrispondenza biunivoca tra la garanzia patrimoniale e la par condicio creditorum.

⁴⁹⁹ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit. ibidem

⁵⁰⁰ Si tratta di un principio fondamentale e generale che permea il nostro ordinamento giuridico, posto che, tanto da un punto di vista logico che da un punto di vista giuridico, esso costituisce il sistema più agevole da gestire.

Sul fondamentale principio della par condicio creditorum, ossia della eguale soggezione di tutti i creditori al medesimo rischio di mancata soddisfazione in sede esecutiva, cfr., ex pluribus, P. G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 105 ss.; P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1995, p. 330 ss.; E. ROPPO, *Par condicio creditorum sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 305 ss. 12 Cfr. G. AUBRY, G. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae*, Tomo IX, quinta edizione, Paris, 1917, p. 336, in cui si legge che «Le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité meme». Per quanto concerne il panorama dottrinale italiano, v. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 98, in cui l'A. scrive: «È appunto la nozione del patrimonio in senso giuridico che dimostra la ineliminabile esigenza di un soggetto il quale ne costituisce il necessario presupposto logico, il punto unitario e costante di riferimento».

la par condicio creditorum si presenta come la pietra angolare del sistema di protezione del credito, nel tempo esso ha subito numerose deroghe, in ragione della profonda diversità che si può riscontrare tra le varie forme di credito (nonché dei diversi poteri/forme di tutela di cui può essere dotato ciascun creditore) e quindi dalla presenza di interessi ritenuti meritevoli di maggior tutela sociale e giuridica.

§5. La scomposizione patrimoniale e le c.d. situazioni di separazione

Il concetto di defensive asset partitioning.

Anche in ragione di quanto precede il legislatore è portato a concepire fenomeni di privilegio, di separazione e/o di destinazione patrimoniale - tra cui i patrimoni e i finanziamenti destinati di cui agli artt. 2447 bis ss- che possono essere utilizzati dal soggetto, che se ne avvale tanto come patrimonio destinato alla soddisfazione dei determinati creditori (c.d. affirmative asset partitioning) quanto al fine di escludere che i propri creditori si soddisfino su beni diversi da quelli inclusi in una certa partizione del patrimonio c.d. defensive asset partitioning⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Sul punto, v. F. GENNARI, I patrimoni destinati ad uno specifico affare, Padova, 2005, pp. 46-47, in cui l'A. contrappone il carattere innovativo dell'ipotesi gestionale sub lett. a), ritenuta priva di precedenti analoghi (fatta eccezione per alcuni ordinamenti minori, per lo più di common law) e qualificata come «novità assoluta sotto il profilo dell'organizzazione societaria», alla fattispecie finanziaria sub lett. b), dal momento che quest'ultima si fonda su un contratto di finanziamento, come tale non certo sconosciuto alla prassi commerciale italiana, arricchito in senso funzionale dalla destinazione dei proventi al rimborso totale o parziale del prestito.

Secondo FIMMANO', *Il diritto delle imprese in crisi*, cit. p.9-10 si apprezza una notevole differenza tra la creazione dei patrimoni destinati e la separazione patrimoniale indotta per effetto di un negozio istitutivo del trust.

Infatti :

- 1) “nel trust la segregazione dei beni avviene non nel patrimonio dal quale vengono distaccati, ma in quello del soggetto terzo cui sono trasferiti”.
- 2) “I beni trasferiti pur essendo nella disponibilità del fiduciario non sono suoi. Il diritto trasferito, non limitato nel suo contenuto, lo è invece nel suo esercizio essendo finalizzato alla realizzazione degli interessi dei beneficiari”. Secondo il diritto inglese infatti (e per meglio dire secondo la law of trusts) il trust è per

definizione un trust per beneficiari. Tutti i poteri e le prerogative vantate dal trustee hanno come unico catalizzatore la realizzazione dell'interesse dei beneficiari (allorchè è possibile individuare anche delle aree di conflitto con i desideri del disponente, che non si sia riservato all'uopo la potestà di esercitare conformemente alla legge regolatrice uno ius variandi.

- 3) Nella destinazione patrimoniale nostrana si conferisce alla società "la discrezionalità nello stabilire, se prevedere o meno la limitazione della responsabilità ammettendo anche una responsabilità sussidiaria su base convenzionale del patrimonio generale èper le obbligazioni delle singole cellule"

Secondo l'A. vi sono dei requisiti minimali che devono essere oresenti, per concretizzare il beneficio della separazione:

- ❖ "la segregazione funziona...solo se vengono rispettati, in fase genetica ed esecutiva, gli oneri informativi previsti dalla legge";
- ❖ "la responsabilità non deve derivare da fatti illeciti o abuso della separazione (art. 2447 ter lettera c, c.c.)".
- ❖ In questo caso, a nostro avviso si assiste ad un richiamo della dottrina nord-americana che stabilisce come sanzione all'abuso della separazione patrimoniale il c.d. *piercing the veil*.

L'A. conclude pertanto segnalando che "la scelta del legislatore di non attribuire alcuna autonomia od alterità soggettiva alla *funzionalizzazione* ad un affare rende assimilabile la destinazione alla costituzione di una causa di prelazione convenzionale, *una sorta di garanzia reale collettiva*" (corsivo dell'A.).

Per quanto attiene alla letteratura in materia con riferimento a singoli aspetti riconducibili alla patologia dell'operazione, nonché alle sanzioni operanti per la violazione della separazione patrimoniale: Sulle tecniche di veil-piercing, cfr. P. MANES, *La teoria del lifting the veil of incorporation in Inghilterra*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 709 ss; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964; M. TONELLO, *La dottrina del piercing the veil nell'american corporate law*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 165 ss.; R. PARDOLESI, *Veil piercing e analisi economica del diritto: l'esperienza statunitense*, in AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, p. 138 ss.; per quel che attiene all'esperienza tedesca, N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, Padova, 2002; ID, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999; più di recente, cfr. C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso "nella" personalità giuridica dopo la riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2006, p. 53.

§6. La fenomenologia delle forme di separazione secondo la dottrina.

La dottrina⁵⁰² che si è occupata del fenomeno della separazione patrimoniale ha solitamente distinto fenomeni di separazione piena e di separazione relativa attribuendo loro varie denominazioni tra cui quella di separazione perfetta ed imperfetta, di separazione unilaterale e bilaterale, ancora la denominazione di patrimoni separati chiusi ed aperti, che tuttavia non modificano il significato sostanziale: a prescindere dalla terminologia adottata, infatti, solo il primo definiscono una forma di separazione completa, per effetto della quale cioè il patrimonio separato è l'unico che risponde delle obbligazioni correlate al fine a cui è destinato, mentre il patrimonio residuo risponde esclusivamente delle obbligazioni diverse da tale destinazione (a differenza di quanto avviene nelle ipotesi di separazione relativa, in cui il patrimonio residuo risponde anche per le obbligazioni correlate alla destinazione)⁵⁰³.

Si è distinto tra patrimonio autonomo e patrimonio separato⁵⁰⁴: infatti. Mentre quest'ultimo sembrerebbe presupporre che la titolarità del

Sui principi fondamentali della Organizational Law americana, è d'obbligo il riferimento a H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, Organizational Law as Asset Partitioning, in European Economic Review (44), 2000, p. 807; ID., The essential Role of Organizational Law, in Yale Law Journal (110), 2000, p. 387 (trad. it. in Riv. soc., 2001, n. 1, p. 21, con il titolo Il ruolo essenziale dell'organizational law). In tema, si veda altresì H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, R. SQUIRE, Legal Entities, Asset Partitioning and the evolution of organizations, 2002 (prel. draft). In termini adesivi, E. MORANDI, Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, della serie I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, p. 49.

⁵⁰² G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit. passim.; per la rassegna vedi nt.493.

⁵⁰³ G.PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit. p.56ss

⁵⁰⁴ Il riferimento testuale è a F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 85 ss., il quale analizza altresì la tradizionale distinzione

patrimonio resti in capo al soggetto che ha operato la separazione patrimoniale, il patrimonio autonomo presupporrebbe non solo la separazione, ma anche in mutamento della titolarità del patrimonio stesso.⁵⁰⁵

2.LA PROGRESSIVA EMERSIONE DEL CONCETTO DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE E L'EVOLUZIONE DEL C.D. VINCOLO DI DESTINAZIONE.

A prescindere dalle differenze terminologiche:

- ✓ si nota che la costruzione di un patrimonio separato può determinare delle ricadute positive in ordine alla produzione di nuova ricchezza, se la separazione patrimoniale e la conseguente destinazione del

classificatoria tra «patrimoni autonomi», aventi ad oggetto beni e rapporti facenti capo ad una pluralità di soggetti, e «patrimoni separati», composti piuttosto da beni nella titolarità di un solo soggetto. In generale, dunque non soltanto in ordine al profilo definitorio, sia consentito altresì il riferimento a A. PINO, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950; R. RASCIO, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971. 5 Cfr. A. BUONFRATE, voce Patrimonio destinato e separato, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, (Aggiornamento, ***), Tomo II, Torino, 2007, p. 878; R. DICILLO, voce Atti e vincoli di destinazione, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, (Aggiornamento, ***), Tomo I, Torino, 2007, p. 151.

⁵⁰⁵ Non campeggia più nella dottrina italiana la precedente teoria dell'indivisibilità del patrimonio dalla persona dell'uomo, inteso quale unico soggetto di diritto, che si richiamava alla dottrina francese dell'unità patrimoniale come risultante dell'espressione massima delle libertà individuali del cittadino.. sul punto cfr. F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 665, il «il patrimonio non può distaccarsi dalla personalità, di cui è emanazione, perché la personalità è intangibile nei suoi attributi essenziali». Per una posizione critica cfr. G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 614 e p. 648

Per un' impostazione che supera il profilo tradizionalmente unitario del patrimonio ancora cfr. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, p. 173; ID., *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 680; F. MESSINEO, *La natura giuridica della comunione legale dei beni*, Roma, 1919, p. 111.

patrimonio separato alla soddisfazione di determinati soggetti, siano approntati in modo tale da costituire un incentivo nei confronti dei terzi a divenire creditori del titolare del patrimonio separato⁵⁰⁶.

In difetto di una nozione unitaria di patrimonio separato, manca anche una definizione univoca di vincolo di destinazione.⁵⁰⁷

Si può notare che:

- il termine destinazione compaia più volte e con diversi significati, per indicare l'atto con cui viene scelta una tra le tante possibili utilizzazioni di un bene (es art.1062 e 1067) per designare una qualità del bene, distinguere i casi in cui la destinazione attiene alla relazione economica instaurata tra due beni (es. art. 817ss)⁵⁰⁸
- È però ravvisabile un'area semantica comune individuata in questo *“un bene ha una destinazione quando è stata individuata per esso una particolare finalità fra insulti possibili utilizzi”*.⁵⁰⁹

§11 Il vincolo di destinazione come situazione limite all'esercizio delle facoltà dominicali. Il limite al diritto di proprietà.

⁵⁰⁶ G. PESCATORE, *La funzione*, cit.p.35s.

⁵⁰⁷ Assume significato ed implicazioni differenti in funzione dei soggetti in relazione ai quali opera, a seconda che si tratti del soggetto che deve vincolare un bene ad un determinato fine, del soggetto a favore del quale tale bene è vincolato, dei soggetti tenuti a rispettare tale vincolo.

⁵⁰⁸ Ai significati sopra indicati, sempre secondo l'A. (PESCATORE, *La funzione*, cit.ibidem) che ha cercato di porre in rassegna i significati c.d. codicistici del sintagma, si devono aggiungere i casi in cui il termine è associato all'utilizzazione di un singolo bene o di un complesso patrimoniale (art .28 e 32, 171, 179 lett.d, 324 comma 2, 328, 816,822 etc.).

⁵⁰⁹G. PESCATORE, *La funzione*,cit. che pone in rassegna tutte le ipotesi di separazione patrimoniale vigenti in Italia.

Le concezioni tradizionali di vincolo di destinazione ne evidenziano gli aspetti legati alla destinazione d'uso di determinati beni⁵¹⁰ e alla loro indisponibilità,⁵¹¹ alla loro immodificabilità materiale, come nel caso dei vincoli urbanistici.

Si tratta di aspetti che mettono principalmente in luce un'idea della destinazione, intesa come limitazione del diritto di proprietà.

La destinazione comporta effetti anche in capo a soggetti diversi dal disponente⁵¹²

Ciò può essere verificato non solo se i vincoli di destinazione sono impropri o convenzionali⁵¹³ ma anche in ipotesi dei vincoli di destinazione veri e propri, dotati cioè di efficacia reale, ossia dei c.d. vincoli di destinazione legali⁵¹⁴

§2. Vincoli reali e vincoli convenzionali.

Al pari della costituzione di un vincolo convenzionale, anche quella di un vincolo di destinazione legale è solitamente facoltativa e pertanto può avvenire che il disponente si risolva a costituire tale vincolo di destinazione per essersi convenzionalmente obbligato in tal senso (con l'avvertenza che essendo di tipo legale, la destinazione ha efficacia reale).

⁵¹⁰ gli edifici destinati al culto cattolico, le cave e torbiere, gli alberghi

⁵¹¹ Art.44 l.f.

⁵¹² Ad esempio, la costituzione di un patrimonio destinato ex art. 2447-bis c.1 lett.a c.c. produce effetti nei confronti dei creditori sociali anteriori della società, che non possono più soddisfarsi sui beni oggetto della destinazione, nonché dei creditori particolari del patrimonio destinato.

In considerazione di ciò, il potere di destinazione dei beni, tradizionalmente assegnato al proprietario, deve ovviamente essere conformato sia alla natura del bene sia al rispetto degli interessi dei soggetti diversi dal disponente.

Tali ultimi soggetti possono certamente trovarsi a subire gli effetti della creazione di vincolo di destinazione, ma ne possono anche essere i fautori in vista di un successivo vantaggio.

⁵¹³ Tali vincoli che appaiono ammissibili hanno tuttavia l'effetto di obbligare solo i soggetti tra i quali è stata stipulata la convenzione.

⁵¹⁴ Per tali intendendosi quelli che discendono direttamente dalla legge, come nel caso degli art. 2447-bis ss.

Allo stesso modo, la rimozione di un vincolo di destinazione può dipendere da un'obbligazione convenzionale del disponente.⁵¹⁵

La cessazione della destinazione, secondo parte della dottrina dovrebbe verificarsi anche in caso di distrazione dei beni dallo scopo cui sono destinati.

Un esempio sarebbe costituito dall'art.505 c.c. con riguardo alla decadenza dal beneficio di inventario.

Secondo altra parte della dottrina, ciò non sembra essere supportato dal diritto positivo, dal momento che nell'elencazione delle cause di estinzione del fondo patrimoniale non è compresa la distrazione dalla finalità che lo sorregge.

Il concetto e la disciplina della destinazione patrimoniale, sebbene comportino un sistema di separazione di secondo livello, si sono infatti sviluppati parallelamente all'evoluzione della figura delle persone giuridiche, che necessitano a loro volta di un conferimento patrimoniale da parte di altri soggetti⁵¹⁶.

§3. Il tramonto della visione antropocentrica della proprietà.

Ancora nella prima metà del XIX secolo, tuttavia, la visione antropocentrica, di stampo giusnaturalistico e illuminista, faceva sì che il patrimonio venisse considerato alla stregua di una mera emanazione delle personencistiche, loro proiezione nel mondo delle cose.

⁵¹⁵ Un esempio di quanto precede è costituito proprio dai patrimoni destinati ex art.2447 bis che rivestono appunto lo status di vincolo di destinazione legale, ma la cui costituzione e cessazione può essere decisa dalla società costituente d'accordo con i soggetti destinati a divenire increditori particolari. Proprio per il fatto che i creditori particolari possono intervenire sulla costituzione o gestione di un patrimonio destinato, deriva la possibilità secondo G.PESCATORE, *La funzione, cit. passim* di poterlo destinare in funzione di garanzia e rimborso.

⁵¹⁶ I quali contribuiscono così a formare un patrimonio separato ed autonomo rispetto al proprio che in sostanza, risulta destinato al raggiungimento dell'oggetto sociale.

In questo periodo in sostanza si riteneva che il patrimonio non costituisca un soggetto esteriore, ma una pura astrazione. E' la stessa personalità dell'uomo posta in rapporto a diversi oggetti dei suoi diritti", ciò da cui derivava l'idea secondo cui:

- I. *La proprietà del patrimonio è indivisibile come la personalità stessa di colui al quale esso appartiene;*
- II. *L'uomo non acquista il suo patrimonio. Ogni individuo possiede ipso iure, in virtù della sua personalità, un patrimonio che può bene aumentare o diminuire, ma di cui non potrebbe essere privato fuorché perdendo la sua stessa personalità.*⁵¹⁷

Una simile teoria venne accolta dai giuristi italiani tanto che costituisce una opinione unanime che l'interdipendenza tra unicità del patrimonio e regime della responsabilità patrimoniale risente ancora dell'influenza della *teorie su patrimoine* elaborata da Aubry e Rau nel XIX secolo.⁵¹⁸

Alla teoria elaborata dalla disciplina francese è seguita l'elaborazione della *Zweckermoegenstheorie*, ad opera della Scuola Storica e dalla pandettistica tedesca, che nel tentativo, sul piano concettuale, di spiegare soggettività diverse da quella dell'uomo- introdusse il concetto della destinazione patrimoniale, sulla base della considerazione secondo la quale il patrimonio non è necessariamente di qualcuno, ma essenzialmente *fur etwas*.

Si tratta in realtà di un'evoluzione dell'impostazione soggettivistica. Infatti sia questa teoria che quella tedesca dei patrimoni destinati ad uno scopo cercano di legittimare sul piano teorico, la possibilità di articolare il patrimonio, mantenendo l'unità funzionale delle masse patrimoniali, seguendo percorsi solo apparentemente diversi. Ma mentre la prima trova il punto di aggregazione dei beni nel soggetto, la seconda lo trova nello scopo.

⁵¹⁷ Il *Cours de droit civil français* (1^a ed., Strasburgo 1838-44; 4^a ed., in 8 voll., Parigi 1869-1878; 5^a ed., a cura di E. Bartin, voll. 12, 1897-1922;

⁵¹⁸ vedi nt. precedente.

In tale ambito la separazione operata tra debito e responsabilità⁵¹⁹ consentì:

⁵¹⁹ Sulle tecniche normative finalizzate alla riduzione dei costi di agency, con special riguardo al settore societario e adottando una prospettiva di tipo comparatistico, si veda H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, Problemi di “agency” e strategie normative, in AA.VV., *Diritto societario comparato. Un approccio funzionale*, a cura di L. ENRIQUES, Bologna, 2006, pp. 29-41.

In tal senso si esprime B. MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fall.*, 2, 2005, p. 113 e in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano, 2006, p. 1351 ss, al quale si rinvia diffusamente, anche per gli utili riferimenti bibliografici. Più in generale, sulla «specializzazione» della responsabilità patrimoniale della società conseguente alla costituzione di uno o più patrimoni ad uno specifico affare, si veda A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545. In merito alla tendenza alla progressiva parcellizzazione della responsabilità patrimoniale, v. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, in Il codice civile*. Commentario, diretto da P. SCHLESINGER (artt. 2740-2744 c.c.), Milano, 1991, p. 34 ss.; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 844 ss., in cui l’A. isola un percorso legislativo tendente a fissare, in tema di garanzia per debiti, il principio di perfetta equipollenza funzionale tra personalità giuridica e separazione patrimoniale; in termini generali, sul valore sistematico della disposizione dell’art. 2740 cod. civ., cfr. E. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, 2 ed., Milano, 1988, p. 1041 ss.; ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XIX, 2 ed., Torino, 1997, p. 485 ss.; R. SANTAGATA, voce *Patrimoni destinati a “specifici affari”*, in *Digesto delle disc. priv.*, Sez. comm. (Aggiornamento, ***), Torino, 2007, p. 611.

Sugli strumenti normativi di tutela dei creditori cc.dd. «involontari», cfr., per tutti, R. PARTISANI, *I patrimoni separati e la tutela dei creditori da fatto illecito nella legislazione recente*, in *RC*, 2007, fasc. 10, p. 2227. 19 Per una approfondita analisi della disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare delle S.p.A., condotta alla luce dei principi cardine dell’EAL (Economic Analysis of Law), cfr., ex pluribus, G. MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia*, n. 57, giugno 2004; C. PETRONZIO, *I patrimoni destinati a uno specifico affare alla luce dell’analisi economica del diritto*, in *Nuovo diritto societario e analisi economica del diritto, Seminari di studio svoltisi presso l’Università Bocconi, Milano 21 maggio 2004 – 11 giugno 2004*, Atti raccolti a cura di M. VENTORUZZO, Milano, 2005, p. 343.

- Superare la concezione dell'obbligazione come vincolo personale che lega la persona del debitore al creditore
- Razionalizzare una serie di discipline, che derogavano al principio della illimitata responsabilità patrimoniale (quali il patrimonio navale, il fedecommesso, la dote nel diritto di famiglia)
- Di espandere ad altre ipotesi del diritto commerciale, quali il patrimonio dell'imprenditore ed il fallimento.

Questa teoria dei patrimoni di destinazione non si presentava pertanto come un tentativo di definire una nuova forma di soggettività giuridica, quanto piuttosto, come negazione della stessa⁵²⁰. In sostanza i patrimoni di destinazione coincidevano in questa fase con i patrimoni senza soggetto, in cui lo scopo sostituiva il soggetto mancante.

- Seguì una fase caratterizzata da una graduale personificazione delle masse patrimoniali, che implicitamente determinò un'assimilazione empirica tra i patrimoni destinati e le persone giuridiche.
- In ragione delle numerose forme di destinazione patrimoniale introdotte dal legislatore nell'ambito della disciplina e della riorganizzazione dei valori mobiliari, il concetto di destinazione patrimoniale è stato oggetto di elaborazione dottrinale e di attenzione giurisprudenziale. In quest'ultimo caso sono stati introdotti i parametri di destinazioni dinamiche, il cui oggetto non è più rappresentato da beni determinati, bensì da un valore e pertanto deve intendersi in senso dinamico, in quanto lo scopo è l'investimento.⁵²¹

⁵²⁰ G.PESCATORE, *La funzione*, cit.p.35ss

⁵²¹ L'introduzione dei patrimoni destinati e dei finanziamenti destinati ex art. 2447-bis si pone dunque in questa scia e costituisce un'ulteriore evoluzione della destinazione patrimoniale., LAURINI, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario, in destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative (atti della giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 19 maggio 2003.)*.

Un simile scelta potrebbe forse a giudizio dell'A. trovare spiegazione nella teoria secondo cui la personalità giuridica e l'articolazione del patrimonio costituirebbero *tecniche alternative ed equivalenti di presentazione di regimi giuridici della garanzia*

Le ipotesi nell'ordinamento italiano in termini dell'evoluzione nel diritto italiano.

Si è avuto modo di osservare che:

- A) Non tutte le forme di destinazione patrimoniale determinano un mutamento nella *par condicio creditorum*, posto che una simile eventualità si presenta unicamente quando alla destinazione patrimoniale si associ qualche forma di separazione del patrimonio e non nei casi di mera destinazione d'uso.⁵²²

patrimoniale.così P.SPADA, *Persona giuridica enarticolazione del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in riv. Dr.civ.

Secondo PESCATORE, p.19:

- A) Un patrimonio è sicuramente autonomo rispetto ad in altro quando i suddetti patrimoni appartengono a soggetti distinti;
- B) Quando invece due patrimoni si trovino nella titolarità del medesimo soggetto, tali patrimoni sono separati e costituiscono un'articolazione della disponibilità patrimoniale di tale soggetto, in funzione della diversificazione del regime della garanzia patrimoniale dei creditori.
- C) La diversificazione dei regimi può essere ottenuta: I- ricorrendo alla costituzione di una persona giuridica; II- rispettando la premessa naturalistica (con conseguente individuazione di un titolare e non soltanto) ma costituendo uno o più patrimoni separati (ciascuno dei quali destinato alla soddisfazione di un determinato insieme di creditori).

Secondo PESCATORE, *La funzione*, cit.p. 20ss, così ragionando nella prospettiva della responsabilità del titolare del patrimonio, il ricorso all'una o all'altra tecnica appare indifferente, posto che dal punto di vista della garanzia, l'equivalenza funzionale tra personalità giuridica e separazione patrimoniale è totale.

Se ci si fermasse a questo assunto si potrebbe pertanto sostenere come hanno fatto numerosi commentatori, che la costituzione dei patrimoni destinati ex art. 2447-bis 1 comma lett.a) c.c. non presenti alcun effettivo valore aggiunto rispetto a quello di una società ad hoc costituita.

Tale affermazione non sarebbe corretta dal momento che le forme di garanzia patrimoniale non sono identiche tra loro e che i patrimoni destinati ex art.2447-bis comma 1 let.a c.c. presentano peculiarità tali da rendere l'utilizzo decisamente preferibile per i relativi creditori particolari. E' preferibile anche per la società costituente, che per mezzo dei suddetti patrimoni destinati, potrebbe ottenere disponibilità economico-finanziarie che altrimenti le sarebbero negate.

⁵²² Infatti la destinazione di un bene ad un determinato scopo non determina automaticamente anche una separazione patrimoniale. Così, ad esempio, nell'ipotesi di costituzione di una garanzia reale si assiste sostanzialmente ad una forma di destinazione del bene oggetto di garanzia senza che quest'ultimo venga separato dal patrimonio del destinante; mentre solo per mezzo di tale separazione la destinazione assume efficacia reale.

B) La legittimazione ad operare una separazione destinazione patrimoniale opponibile a terzi deriva da una previsione legislativa.

L'art.2740c.c. è ora inquadrato dalla dottrina in una nuova prospettiva⁵²³

⁵²³ Prendendo spunto dal disposto dell'art. 2740 c.c.comma 2 parte della dottrina ha dunque sostenuto che in assenza di una specifica previsione legislativa, un debitore ed il proprio creditore si troverebbero nell'impossibilità di definire convenzionalmente eccezioni al principio generale contenuto all'art. 2740 comma 1 (a volte ad esempio può prevedere che il debitore risponda unicamente con una parte del patrimonio, potendo stabilire unicamente l'ordine dei beni da sottoporre ad esecuzione, a condizione che ciò non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di credito.

Secondo PESCATORE, *La funzione*, cit.p.19ss si tratta tuttavia di un'argomentazione che non si ritiene condivisibile, in quanto- il codice civile lascia libero il creditore di soddisfarsi o meno sul proprio debitore.

Non sussiste infatti un obbligo di escussione in capo ai creditori, né di richiedere o di accettare garanzie personali (cfr.art.1941) e reali (art.2743) c.c. il cui ammontare corrisponda a quello del credito. Oltre a ciò sono note le figure della rimessione del debito ex art.1236 e del pactum de non peterndo che può nessere concluso in perpetuum.

Sembrerebbe pertanto che tra le clausole limitative della responsabilità vietate dall'art. 2740 comma 2 non rientrino quelle che stabiliscano limitazioni convenzionali all'ammontare del debito e che una limitazione patrimoniale convenzionale risulti ammissibile:

1-qualora riguardi l'ammontare massimo del credito o che il creditore si impegni a richiedere;

2- nell'ipotesi in cui sia stipulato il pactum de non potendo in perpetuum.

Vi possono essere delle limitazioni patrimoniali convenzionali preventive: si tratterebbe di una pattuizione contestuale al sorgere del credito, sulla base della quale il creditore accetti di soddisfarsi unicamente su di una determinata parte del patrimonio dl debitore;

In concreto, non sussisterebbe alcuna differenza rispetto ad una limitazione convenzionale successiva al sorgere del medesimo credito.

La dottrina dominante ritiene tuttavia che gli accordi volti a creare una destinazione che non sia espressamente prevista e disciplinata dalla legge siano suscettibili soltanto di efficacia obbligatoria.

Una destinazione patrimoniale meramente convenzionale e non supportata da un' espressa norma di legge è ritenuta certamente possibile, ma priva di efficacia reale, in quanto gli accordi in questione:

- A) Sono inopponibili ai creditori estranei ad essi. Ciò si traduce nell'assenza di una forma elevata di tutela del creditore, che dovrebbe beneficiare dei beni a lui destinati convenzionalmente;
- B) Sono unicamente fonte di un'obbligazione risarcitoria a carico del creditore, che pur avendo partecipato alla conclusione dell'accordo, non si attenga allo stesso;
- C) Fanno sorgere un'obbligazione risarcitoria a carico del debitore che non si sia attenuto al medesimo accordo.

Secondo la dottrina un esempio di questo può essere rinvenuto nella clausola di inalienabilità di cui all'art.1379 c.c. Tale clausola non rappresenta un limite nè un

Su questa evoluzione un ruolo di primo piano è stato storicamente giocato dalla recezione della *theorie de patrimoine* di Aubry e Raul. Infatti il dogma illuministico dell'indivisibilità del patrimonio ed il conseguente principio della illimitatezza della responsabilità patrimoniale hanno, comunque, portato gli interpreti italiani alla conclusione che la separazione di un patrimonio può avere la sua fonte esclusiva in una norma di legge, essendo preclusa alla sola autonomia privata la possibilità di costituire un patrimonio separato.

In un simile contesto, i limiti che l'autonomia privata incontra nel procedere alla destinazione dei beni sembrano derivare da

- Un'interpretazione dell'art. 2740 c.c. secondo la quale in linea con la relazione al Codice Civile del 1942, nell'interesse del credito e dell'economia non sarebbero consentite limitazioni della responsabilità fuori dai casi stabiliti dalla legge.
- Da quanto previsto dall'art.1948 del codice del 1865 e dall'art.1727, in tema di società civile, dall'art.2145 del Codice Albertino e dall'art.2092 del codice civile francese: deriva l'idea che una destinazione patrimoniale possa essere accompagnata da una forma di separazione patrimoniale solo in presenza di una norma di legge che legittimi una tale separazione, che altrimenti risulta invalida.⁵²⁴

Secondo alcuni, tuttavia, ad essere suscettiva di valutazione negativa da parte dell'ordinamento non sarebbe la destinazione di beni in sé, ma solo il pregiudizio che possa derivarne ai creditori, con la conseguenza che nessuna preclusione potrebbe farsi discendere dall'art. 2740, in

divieto in senso tecnico, posto che l'atto di alienazione del bene, che ne costituisce oggetto è valdo ed opponibile al soggetto, in favore del quale la clausola è stata stipulata.

Secondo il citato A., pertanto, a meno di non voler considerare degradato a mero pregiudizio, il principio di tipicità dei diritti reali ed il *numerus clausus* che li contraddistingue, il vincolo di destinazione convenzionale non può riconnettersi a natura obbligatoria, con la conseguente invalidità, nei confronti dei terzi, di qualunque divieto e pattuizione, ad opera del titolare del bene oggetto di destinazione convenzionale.

⁵²⁴ PESCATORE, *La funzione*, cit. ibidem

ordine ad una destinazione dei beni diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela, ove le condizioni patrimoniali la consentano.

In tutti i casi in cui l'operazione si risolvesse in una vicenda di carattere attributivo, l'operazione sarebbe valida: in conseguenza di ciò la violazione del principio dell'art. 2740 non determinerebbe la nullità, ma soltanto l'inefficacia dell'atto, in conseguenza dell'esercizio dell'azione revocatoria.

E' questa un'interpretazione che, da un punto di vista teorico si può condividere, sia in quanto il disposto dell'art.2740c.c. dovrebbe essere letto insieme a quello degli art. 1324 e 1322 comma 2, sia in quanto nell'ottica della tutela deincroitori di un determinato soggetto, un'eventuale destinazione patrimoniale da parte di quest'ultimo non presenta sostanziali differenze rispetto alla costituzione di una garanzia tradizionale⁵²⁵

Secondo la dottrina tali argomentazioni rivestono un'utilità marginale massimamente spendibile in una prospettiva de iure condendo, alla luce della progressiva disgregazione delle classi creditorie, in ragione della titolarità del credito, che nell'ormai cristallizzato panorama dottrinale e giurisprudenziale⁵²⁶.

⁵²⁵ PESCATORE, *La funzione*, cit. p.30ss.

⁵²⁶ Secondo PESCATORE, *La funzione*, cit. p.30ss. Dal punto di vista legislativo il codice civile e la legislazione speciale disciplina non numerosi casi di separazione patrimoniale o destinazione patrimoniale. Alcuni dei quali presentano delle affinità con i patrimoni e i finanziamenti destinati di cui all'art.2447-bis (e che presentano affinità con altri istituti che non comportano una destinazione patrimoniale, come nel caso dell'associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549 ss.

Secondo la dottrina, in commento, possono essere utilizzate tre macro-categorie:

fattispecie disciplinate dal Codice civile che non prevedono la formazione di un ente, c.d fenomeni di separazione patrimoniale classici.

I-Eredità giacente ex art.528ss: l'eredità giacente è costituita da un patrimonio caduto in successione, che è privo di un titolare, nel momento che va dall'apertura della successione a quello dell'accettazione da parte del chiamato;

II-eredità beneficiata ex art.484ss. in questo caso si è in presenza della sopravvenienza di un patrimonio (quello del defunto) che si affianca a quello dell'erede. Si realizza in capo ad un unico soggetto una duplicità di patrimoni distinti tra loro. Viene così riconosciuto un

potere di opposizione in capo ai creditori (art.495 c.c.); sono previsti casi di decadenza dalla separazione patrimoniale (art.505 c.c.) e possono essere interessate anche persone giuridiche (art.473 c.c.).

III-beni che non rientrano nella comunione legale dei coniugi (art.177ss): la separazione patrimoniale che si instaura nell'ambito della comunione legale non è perfetta, potendo ciascuna categoria di creditori (sia quelli della comunione, sia quelli personali dei coniugi) soddisfarsi in via sussidiaria sui beni, che costituiscono la garanzia primaria dell'altra categoria di creditori;

IV-cessione di beni ai creditori (artt.1977ss):questo genere di cessione presenta dei profili di contiguità con il patrimonio separato; il contratto di cessione dei beni realizza in ogni caso una *separazione patrimoniale imperfetta*, in quanto sui beni ceduti possono comunque soddisfarsi anche i creditori anteriori che non hanno partecipato alla cessione ex art. 1980 comma 2; nella cessione parziale, gli stessi creditori cessionari possono agire su restanti beni del cedente in caso di incapacità dei beni ceduti ex art. 1980 comma 3.

V-beni acquistati in esecuzione del mandato: i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni su beni, che in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio. Infatti purchè trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento trattandosi di beni immobili o di beni mobili iscritti nei pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo.

VI-fondo patrimoniale (artt.167ss. c.c.): il fondo patrimoniale è un insieme di beni mobili registrati, titoli o beni immobili destinati (anche da un terzo) ad assicurare alla famiglia una base patrimoniale solida, normalmente inattaccabile dai creditori.

Costituisce un patrimonio separato la cui destinazione è solidaristica ed obbligata. Il fondo patrimoniale può essere posto in essere anche da un terzo, costituendo un'ipotesi traslativa;

VII-gli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche (art.2645-ter): si tratta di una forma di destinazione allo scopo che, al pari dei patrimoni destinati ex 2447-bis cc non riguarda solo i beni destinati, ma anche i loro frutti: allo stesso modo, i beni oggetto di destinazione possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti a tale scopo.

VIII-la responsabilità dell'armatore (artt.275ss. c.n.):1)pone una limitazione della responsabilità consistente in una somma pari al valore della nave ed all'ammontare del nolo e di ogni altro provento del viaggio;2) limita i soggetti che possono soddisfarsi su tali beni, posto che a norma del comma 2: *sulla somma alla quale è limitato il debito dell'armatore concorrono i creditori soggetti alla limitazione secondo l'ordine delle rispettive cause di prelazione e ad esclusione di ogni altro creditore.*

Fattispecie previste dal Codice civile che richiedono la formazione di un ente:

I-enti del primo libro del Codice civile (artt.14ss. c.c.):il concetto di destinazione patrimoniale si ritrova a più riprese con riferimento agli enti di cui al libro Primo del Codice Civile

La fondazione:la fondazione altro non è se non la destinazione di un patrimonio ad un certo scopo. Resta da definire quali siano i poteri operativi del disponente: vi sono due orientamenti, *uno classico*:che da forte risalto all'interesse di pubblica utilità che deve animare il disponente, e uno più aperto circa le finalità che può ricoprire la fondazione.

Associazioni :la destinazione del patrimonio allo scopo si ha anche nelle associazioni, per quanto solo a livello di mero impegno contrattuale, che può essere oggetto di modifica da

parte degli associati contraenti, i quali possono mutare a loro arbitrio il contenuto del contratto, deliberare lo scioglimento dell'associazione e in sede di estinzione, deliberare la devoluzione dei beni residui (ipotesi ritenuta ammissibile dalle associazioni non riconosciute non risultando esclusa ex art.37 c.c.). per le associazioni riconosciute un espresso riferimento alla destinazione è contenuto nell'art.31 c.c. con riferimento alla devoluzione di beni nonché dall'art.32 c.c. relativo alla destinazione dei beni con destinazione particolare.

II-fondi speciali per la previdenza e l'assistenza (art.2117 c.c.);

III)-La posizione del creditore particolare del socio in S.n.c. regolare (art.2305.c.c.):il creditore particolare del socio finché dura la società, non può chiedere la liquidazione della quota del socio debitore:

IV-le società fiduciarie (23 novembre 1939, n.1966).

Fattispecie introdotte dalla legislazione speciale.

Secondo P.MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e Impresa*, 2001, p.1362: "a partire dalla legge istitutiva dei fondi di investimento, tutte le leggi in materia finanziaria conoscono e praticano, ancorché con formule linguistiche ed estensioni applicative diverse, il fenomeno della separazione patrimoniale".

Secondo G. PESCATORE, *La funzione di garanzia*, cit.p.39ss. e 39 nt.92. ogni qualvolta si è avuta l'introduzione di nuove forme di gestione patrimoniale, il legislatore ne ha agevolato l'utilità marginale, rendendole sicure attraverso la separazione tra il patrimonio del gestore e i beni degli investitori, per proteggere questi dal rischio di andamento della gestione.

Vi sono pertanto una serie di interventi eseguiti dal legislatore per evitare il fenomeno della confusione dei patrimoni:

tra le nuove ipotesi:

I-legge 23 marzo 1983, n.77, istitutiva dei fondi comuni di investimento mobiliare(art.3 comma 2 dell'art.214, D.lgs 24 febbraio 1998, n.58);

II-legge 2 gennaio 1991, n.1 disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari, che all'art.8 comma 2 poi abrogato dall'art.66, D.lgs. 23 luglio 1996, n.415, nel prevedere a pena di nullità le regole relative all'attività di gestione dei patrimoni da parte delle S.i.m. sanciva che: il patrimonio conferito in gestione dai singoli clienti costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello delle società e da quello degli altri clienti. Sul patrimonio conferito in gestione non sono ammesse azioni dei creditori della società o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di loro proprietà.

Si noti che:

- In diversi casi di assoggettamento a procedure concorsuali di Sim, si era rilevato che tali società non avevano rispettato le regole della separazione patrimoniale ed, in particolare, l'obbligo di tenere una contabilità separata ex art. 8 comma 1 lett.f);
- La confusione patrimoniale ha determinato dei danni e non pochi problemi per gli investitori, dal momento che la giurisprudenza ha negato loro la possibilità di esercitare l'azione di rivendica fallimentare ex art. 103 l.fall., sul presupposto che si trattasse di beni non individuati.

III-art.4 comma 2 del D.lgs. 21 aprile 1993, n.124: disciplina delle forme pensionistiche complementari anorma dell'art.3 comma 1, lett.v, della legge 23 ottobre 1992, n.421,

parzialmente modificato dal D.lgs.47 del 18 febbraio 2000 ed infine abrogato dall'art.21 comma 8 D.lgs 5 dicembre 2005, n.253, a partire dal gennaio 2008.

IV-la legge 14 agosto 1993, n.344 (istituzione e disciplina dei fondi di investimento mobiliare chiusi, art.8 comma 6 abrogato a decorrere dal 1 luglio 1998 dal comma 1 dell'art.214, D.lgs.24 febbraio 1998, n.58);

V-legge 25 gennaio 1994, n.86 istituzione e disciplina dei fondi di investimento immobiliare chiusi, art.15 comma 5, abrogato dall'art.9, D.L. 25 settembre 2001, n.351, convertito con modificazioni, in l.23 novembre 2001, n.410-salvo quanto previsto dal comma 4 dell'art.5 D.L. cit.;

VI- il d.lgs. 23 luglio 1996, n.415 (c.d. Decreto Eurosim che ha recepito la direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e la direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, il cui art.19 (abrogato a decorrere dal 1 luglio del 1998 dall'art.214 comma 1 D.lgs 24 febbraio 1998, n.58 in quanto il contenuto dell'art.19 è stato ripreso con alcune modifiche, dall'art.22 del D.lgs. 58/1998) dettava norme dirette a garantire la separazione dei patrimoni dei clienti da quello dell'investitore.

Si ricordi che il Decreto Eurosim, al fine di prevenire casi negativi rivelatisi nel contesto della vigenza della legge 1/1991 aveva introdotto all'art.39 (ora abrogato dall'art.214 comma 1 D.lgs 24 febbraio 1998, n.58) il reato di confusione di patrimoni;

VII- il D.lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria ex artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n.52)

a) e in particolare l'art.22 dello stesso Decreto.

Secondo la dottrina, l'unica differenza tra questa norma e quella dell'art.19 del Decreto Eurosim attiene all'applicazione soggettiva: entrambe stabiliscono che qualora l'intermediario non agisca in nome e per conto del cliente, le norme imperative determinano l'effetto segregativo.

b)Art.36 comma 6, con riferimento ai fondi comuni di investimento;

c) art.43 comma 8, con la possibilità di formare singoli sotto-patrimoni all'interno della società;

d) art. 45 comma 6 lett.c): sancisce che lo statuto della SICAV può prevedere l'esistenza di più comparti di investimento per ognuno dei quali può essere emessa una particolare tipologia di azioni;

VIII- la legge 30 aprile 1999, n.130 (disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti) in cui la società veicolo separa il complesso dei crediti dal suo patrimonio generale;

IX-la legge 15 giugno 2002, n.112 che ha convertito con modificazioni il D.L.15 aprile 2002, n.63, in tema di disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture;

la legge 289 del 27 dicembre 2002 (c.d. Finanziaria 2003) ex art.75: prevede patrimoni separati per il finanziamento degli interventi strutturali per l'alta Velocità.

X-l'art.117 del D.lgs. 209 del 7 settembre 2005 (c.d. Codice delle Assicurazioni Private);

XI- art. 6 comma 9 D.lgs. 252 del 5 dicembre 2005 (Disciplina delle forme pensionistiche complementari).

X-il trust.Il ricorso alla categoria del patrimonio separato permette di inquadrare in una categoria nota agli ordinamenti di civil law la disciplina del trust (ivi inclusi l'effetto di surrogazione reale sui beni che ne formano parte, e l'esclusiva ricompreensione dei debiti

3)TENDENZE EVOLUTIVE DELL'ORDINAMENTO IN TEMA DI SEPARAZIONE PATRIMONIALE

Ci si riferisce in modo particolare a quella normativa di impulso europeo che intervenendo ex professo nella disciplina dei mercati finanziari produce un' inedita intersezione con i due coefficienti che stiamo indagando all'interno del formante fiducia.

Ci si riferisce in modo particolare a:

- ❖ La strutturazione di operazioni fiduciarie, in contesti in cui la riservatezza dell'operazione diviene dirimente;

*del trust nel patrimonio separato). Cfr. soprattutto, nella dottrina comparatistica, T. HONORÉ, Obstacles to the reception of trust law? The examples of South Africa and Scotland, in Aequitas and equity: equity in civil law and mixed jurisdictions, a cura di A.M. Rabello, Jerusalem 1997, p. 812; G.L. GRETTON, «Trusts without equity», in ICLQ, 2000, p.608 ss.; K. REID, Patrimony not equity: the trust in Scotland, in Trusts in mixed legal systems, cit., p. 19 e ss.; SCOTTISH LAW COMMISSION, Discussion paper (n. 133) on the nature and the constitution of trusts, Edimburgh, 2006, p. 10-13; L. SMITH, «Trust and Patrimony», cit., p. 380 e ss.; J. SHEEDY, «Civil law jurisdictions and the english trust idea: lost in translation?», in Denning Law Journal, 2008, p. 177 e ss.; L. SMITH, The re-imagined trust, in Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law, cit., p. 258; M. RACZYNSKA, Parallels between the civilian separate patrimony, reale subrogation and the idea of property in a trust fund, in The Worlds of the Trust, cit., p. 454. Sui patrimoni separati, cfr. in generale AA.VV., I patrimoni separati fra tradizione e innovazione, a cura di S. Tondo, Torino, 2007; P. IAMICELI, Unità e separazione dei patrimoni, Padova, 2003; M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996; A. PINO, Il patrimonio separato, Padova, 1950; A. BUONFRATE, Patrimonio destinato e separato, in Digesto disc. priv., sez. civ., Aggiornamento, ***, II, Torino 2007, p. 878; L. BIGLIAZZI GERI, Patrimonio autonomo e separato, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982, p. 280; P. GABRIELE, «Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno», in Giur. comm., 2010, I, p. 593; A. JANNARELLI, «Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"», in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2009, p. 1253; R. QUADRI, «La circolazione dei beni del patrimonio separato», in Nuova giur. civ., 2006, II, p. 7; P. FERROLUZZI, «La disciplina dei patrimoni separati», in Riv. soc., 2002, p. 121; A. GAMBARO, «Segregazione e unità del patrimonio», in Trusts, 2000, p. 155; L. BIGLIAZZI GERI, A proposito di patrimonio autonomo e separato, in Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Milano, 1998, p. 105.*

- ❖ La compatibilità delle operazioni fiduciarie medesime (e segnatamente del portage) con nuove forme di separazione patrimoniale soggette a penetranti controlli e ad un obbligo di discosure motivato da esigenze di ordine pubblico.

Un' occasione per censire eventuali novità da parte degli operatori è rappresentata dalla recente normativa sui gestori dei fondi cd. alternativi, è stata recentemente oggetto di attenzione da parte del legislatore comunitario che ha emanato, in data 8 giugno 2011, la Direttiva 2011/61/UE⁵²⁷

⁵²⁷ La disciplina sui gestori dei fondi cd. alternativi è stata recentemente oggetto di attenzione da parte del legislatore comunitario che ha emanato, in data 8 giugno 2011, la Direttiva 2011/61/UE . Come suggerito dalla stessa rubrica della norma essa si preoccupa di disciplinare non tanto i fondi di investimento alternativi (di seguito, anche, "FIA"), a causa della grande eterogeneità degli stessi nei diversi Stati membri dell'Unione che ne renderebbe complicata l'armonizzazione (così il considerando 10 della Direttiva), bensì i gestori di questi ultimi (di seguito, anche, "GEFIA"). L'ambito applicativo della Direttiva è quindi limitato ai gestori dei FIA. Questi ultimi sono individuati "per differenza" come quei fondi che non siano Organismi di Investimento in Valori Mobiliari di cui alla Direttiva 2009/65/CE (la cd. "UCITS IV"), ovvero siano fondi speculativi (*hedge funds*), fondi di *private equity*, di *venture capital*, immobiliari, di materie prime, infrastrutturali e altri tipi di fondi istituzionali.

Tale disciplina, che è oggetto di implementazione dagli Stati membri entro il 22 luglio 2013 si preoccupa di regolare e razionalizzare gli adempimenti dei gestori comunitari centralizzando l'autorizzazione alle funzioni di gestione e commercializzazione nelle mani dell'Autorità domestica del GEFIA. La Direttiva si preoccupa altresì di uniformare il regime di solidità patrimoniale e di trasparenza dei GEFIA stessi.

Il regime comunitario subisce alcuni temperamenti determinati o da soglie dimensionali dei GEFIA o dalla natura degli investitori cui sono commercializzate le quote dei FIA La disciplina in parola non trova applicazione (ex l'art 3 della Direttiva) nei confronti di quei GEFIA che gestiranno FIA che dovessero avere come unici investitori i GEFIA stessi, le loro imprese madri, le loro imprese figlie o altre affiliate, purché nessuno di questi investitori sia per sé stesso un FIA. Una delle novità è rappresentata dal regime autorizzatorio

Ai sensi dell'articolo 7 della Direttiva il GEFIA deve richiedere l'autorizzazione, che sarà valida in tutta l'Unione, all'Autorità di vigilanza del proprio Paese di residenza Oltre alla gestione/commercializzazione dei FIA il GEFIA può altresì prestare la gestione di portafogli (ribattezzata dalla Direttiva gestione discrezionale di portafogli) i servizi definiti dalla Direttiva come ausiliari quali la consulenza in materia di investimenti, la custodia e amministrazione di quote o azioni di OICR e la ricezione e trasmissione di ordini.

La dotazione patrimoniale minima per i GEFIA cd. “esterni” (ovvero soggetti giuridici autonomi dai FIA e che gestiscono questi ultimi) è di 125.000 euro, soglia elevata a 300.000 euro per i GEFIA cd. “interni” (ovvero i FIA che non necessitano di una *management company*, essendo gestiti da un *board* interno), requisiti aggiuntivi vengono previsti solo ove il valore dei portafogli gestiti superi i 250 milioni di euro (lo 0,02% della cifra eccedente la sopraccitata soglia fino al limite dei 10 milioni di euro di capitale sociale). Sul punto la disciplina italiana attualmente vigente richiede requisiti patrimoniali più stringenti (un milione di euro salvo i particolari casi, poco diffusi nella pratica, di SGR a capitale ridotto) pur non prevedendo capitale aggiuntivo per i portafogli di maggiori dimensioni.

I GEFIA devono garantire:

- una politica di remunerazione del personale apicale che rifletta una gestione sana ed efficace del rischio e che non incoraggi un’assunzione di rischi non coerente con il profilo dei fondi gestiti;
- un’efficace politica di gestione e di *disclosure* del conflitto di interessi secondo uno schema analogo a quanto già conosciuto nella esperienza italiana con l’art. 25 del Regolamento Congiunto di Banca d’Italia e Consob del 29 ottobre 2007 in materia di organizzazione e procedure degli intermediari;
- una politica di gestione del rischio e della liquidità;
- assetti organizzativi adeguati e adatti per la buona gestione dei fondi;
- procedure di valutazione corrette ed uniformi per le attività di ciascun FIA, assicurate attraverso la nomina di un valutatore esterno indipendente (può anche essere il depositario del FIA purché siano rispettati stringenti requisiti di separazione funzionale e gerarchica all’interno della struttura tra i compiti di depositario e quelli di valutatore) o del gestore stesso purché sia garantita l’indipendenza della funzione;
- il rispetto delle prescrizioni di cui all’articolo 20 della Direttiva in materia di delega e subdelega;
- la nomina, attraverso la stipulazione di un contratto scritto, per ciascun FIA, di un depositario stabilito (i) per un FIA UE: nello Stato membro d’origine del FIA, (ii) per un FIA non UE: nel Paese terzo dove è stabilito il FIA o nello Stato membro d’origine del GEFIA che gestisce il FIA o nello Stato membro d’origine del GEFIA che gestisce il FIA o nello Stato membro di riferimento del gestore del FIA.

La disciplina comunitaria impone al gestore un duplice obbligo informativo, uno per così dire preventivo ed uno successivo e periodico. Ai sensi dell’articolo 23 della Direttiva il GEFIA è tenuto preventivamente (rispetto alla decisione di investimento) a fornire agli investitori del FIA tutta una serie di informazioni rilevanti che spaziano dagli obiettivi di investimento del FIA, all’identità del depositario, del revisore e di altri soggetti rilevanti

alla descrizione del rischio liquidità all'identità dell'intermediario principale (il cd. “*prime broker*”) etc.. L'obbligo successivo e periodico si esplica con la redazione della relazione annuale che viene messa a disposizione all'Autorità domestica del gestore e agli investitori (su richiesta di questi ultimi) al più tardi entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio cui si riferisce la relazione

Il capo V della Direttiva disciplina l'utilizzo della leva finanziaria e l'acquisizione, da parte di talune categorie di FIA (fondi di *private equity* per intendersi), di percentuali rilevanti di capitale in società non quotate ed emittenti.

Valutazione dell'impatto delle operazioni di portage in un contesto che viene cosinad essere delineato.

I limiti al livello di leva utilizzabile dal FIA vengono stabiliti dalle singole Autorità domestiche del GEFIA, previa notifica all'Autorità di vigilanza europea dei mercati (ESMA), al Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS) e alle competenti Autorità del FIA in questione almeno dieci giorni prima che la misura proposta (sul livello di leva) sia destinata a produrre effetti.

Vengono imposti obblighi informativi ed attivi a carico dei gestori che acquisiscano, tramite i fondi da loro gestiti, partecipazioni rilevanti in società non quotate ed emittenti. Per quanto riguarda gli obblighi informativi i GEFIA sono tenuti, all'acquisizione del controllo (50% più uno) o al superamento/diminuzione della partecipazione del 10, 20, 30, 50, 75% nelle società cd. “*target*”, a comunicare tale situazione alla società *target*, agli azionisti la cui identità e i cui indirizzi sono a disposizione del GEFIA, alle Autorità competenti dello Stato membro d'origine del GEFIA e ai rappresentanti dei lavoratori della *target* stessa (attivandosi presso il Consiglio di Amministrazione della *target* affinché provveda esso stesso alla comunicazioni del caso alle rappresentanze dei lavoratori).

Il capo VI della Direttiva disciplina le modalità di autorizzazione alla commercializzazione e gestione di FIA UE. L'autorizzazione in entrambi casi viene rilasciata dall'Autorità domestica del GEFIA richiedente.

Il GEFIA che vuole commercializzare agli investitori professionali le quote di FIA UE da esso gestito deve effettuare una comunicazione alla propria Autorità domestica. L'autorizzazione alla commercializzazione viene concessa, verificato il rispetto dei requisiti di cui alla Direttiva, entro 20 giorni lavorativi decorrenti dalla notifica.

Dell'inoltro verrà data contestuale notifica al GEFIA che, da quella data, potrà cominciare la commercializzazione.

La Direttiva affronta anche il rapporto tra i gestori dei fondi alternativi e quelli degli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari regolati dalla UCITS IV. Dopo aver ribadito l'assoluta alterità tra le due categorie, statuendo espressamente l'impossibilità, per un gestore autorizzato esclusivamente ai sensi della Direttiva stessa di poter gestire OICVM (considerando 3 della Direttiva) non esclude la possibilità per quel GEFIA che avesse

L'ambito applicativo della Direttiva è rivolto ai c.d.gestori dei FIA:

si tratta di quei fondi che non siano Organismi di Investimento in Valori Mobiliari di cui alla Direttiva 2009/65/CE (la cd. "UCITS IV"), ovvero siano fondi speculativi (*hedge funds*), fondi di *private equity*, di *venture capital*, immobiliari, di materie prime, infrastrutturali e altri tipi di fondi istituzionali.

In particolare ci si chiede quale impatto possa rivestire la nuova normativa sulle operazioni di portage che presentino nella convenzione un contenuto parasociale, quale il trasferimento del diritto di voto o l'esercizio dello.

Sebbene in questo caso si tratti di fondi, le operazioni parasociali, possono costituire una seconda fase esecutiva del rapporto, dopo che sia stata effettuata un'operazione speculativa tra ordinante e porteur.

Nello specifico la Direttiva impone due obblighi che a nostro avviso possono comportare una restrizione delle maglie operative di un'operazione fiduciaria di portage, con contenuto accessivo indiretto (con questa

ottenuto anche l'autorizzazione ai sensi della UCITS IV di gestire un OICVM (art. 6, comma 2 della Direttiva). Viene anche ammessa la situazione speculare, ovvero del gestore di OICVM che richieda l'autorizzazione alla gestione di uno o più FIA (art. 7, comma 4 della Direttiva). Per riassumere, sembra sia permessa la coesistenza, in capo ad un unico gestore, della facoltà di gestione di FIA e di OICVM purché il gestore stesso abbia ottenuto un'autorizzazione ai sensi delle due differenti normative.

Tale disciplina è stata, ancora più recentemente, oggetto di attenzioni da parte del regolatore comunitario (ESMA) con la pubblicazione, rispettivamente in data 16 novembre 2011 e 23 febbraio 2012, di una Relazione finale (*Final Report*) sulle possibili misure di implementazione della Direttiva e di un Documento di discussione (*Discussion paper*) sui concetti chiave della Direttiva e su certi tipi di GEFIA.

locuzione indichiamo genericamente il contenuto parasociale che può essere stato trasfuso nella convenzione).

Il riferimento corre alla circostanza che i GEFIA (cioè i gestori FIA) devono garantire:

- una politica di remunerazione del personale apicale che rifletta una gestione sana ed efficace del rischio e che non incoraggi un'assunzione di rischi non coerente con il profilo dei fondi gestiti;
- un'efficace politica di gestione e di *disclosure* del conflitto di interessi secondo uno schema analogo a quanto già conosciuto nella esperienza italiana con l'art. 25 del Regolamento Congiunto di Banca d'Italia e Consob del 29 ottobre 2007 in materia di organizzazione e procedure degli intermediari;

Dal momento che queste sono operazioni speculative normalmente condotte con il portage, il riporto, ci chiede se il porteur in veste di soggetto istituzionale, sia nelle condizioni di poter stipulare un pactum fiduciae con una certa latitudine di manovra, che gli consenta di perseguire gli interessi secondo le disposizioni dell'ordinante, o tanto porteur che ordinante accedono ad una forma di contrattazione standardizzata.

Non potendo allo stato degli atti valutare l'impatto della normativa e trattandosi di norma imperativa, ci preme solo sottolineare che questa nuova tendenza del diritto finanziario (determinata anche dal proliferare dei c.d. rischi sistemici che hanno coinvolto i c.d. investitori tradizionali) finisce , attraverso una generalizzazione degli obblighi di disclosure, per comprimere l'utilità marginale di operazioni affidate alla prassi e alla tipicità sociale come il portage.

4)NUOVE TENDENZE IN TEMA DI VINCOLI DI DESTINAZIONE E RESPONSABILITA' PATRIMONIALE

In tema di vincoli di destinazione⁵²⁸ si può registrare da parte del legislatore e della dottrina un certo fermento.

⁵²⁸ si vedano altresì M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi, relazione al Convegno "Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645 ter c.c."*, organizzato in collaborazione con la Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 19 giugno 2006, in Riv. not., 2006, fasc. 5, p. 1175; G. M. RICCIO, *L'art. 2645-ter del codice civile e la disciplina degli atti di destinazione*, in *Il Diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, vol. V, Torino, 2007, p. 469; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in Riv. dir. civ., 2007, 3, p. 321; A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, fasc. 2, p. 169; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbligaz. e Contr.*, 2006, 10, p. 775; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in Riv. not., 2008, n. 5, p. 993.;

Sul vincolo di destinazione in rapporto al trust e alla fiducie francese A. MUNARI, *Trust e "fiducie": un importante progetto di legge francese*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 129; A. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di Sacco, I*, Milano, 1994, p. 495 ss. S. MEUCCI, *Destinazione, affectation e trust. Un inventario dei problemi, ne I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, a cura di S. TONDO, Torino, 2007, pp. 200-208; S. UGOLINI, *Verso il riconoscimento del contratto di «fiducie» nel codice civile francese?*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, fasc. 1, p. 366 ss.; A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, 1, p. 69). . In proposito, cfr. L. DARGENT, *Réforme de la fiducie par la LME*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2133; A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, n. 6, p. 595. R. PARDOLESI, *Destinazioni patrimoniali e trust internazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 2, p. 215.

Con riferimento specifico all'atto negoziale di destinazione codificato dall'art. 2645-ter cod. civ., v., ex multis, R. FRANCO, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, p. 321, in cui l'A. propende per individuare una distinzione tra destinazione e separazione, nel senso che «destinazione e separazione appaiono due effetti assolutamente interdipendenti e complementari e, quindi, entrambi ugualmente principali rispetto all'atto di destinazione»; A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, p. 27 ss., ove l'A. considera la «separazione» uno strumento di effettività della «destinazione». L'analisi viene condotta nel tentativo di rinvenire passaggi di assimilazione empirica tra vincoli di destinazione e trust, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 198.

Secondo autorevole dottrina (, *Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate*, in *Il contributo della prassi notarile all'evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano 2015, p.99ss)

In dottrina si assiste al tentativo di valorizzare l'effetto reale indotto dall'art.2645 ter, per sostenere che da un lato sia stata creata un nuovo tipo di proprietà conformata, che secondo alcuni può assumere il carattere di proprietà fiduciaria, dall'altro che l'incidenza reale che il vincolo in oggetto

“la destinazione di beni ad uno scopo comporta l'insorgere di situazioni giuridiche obbligatorie in capo al titolare del diritto gravato dal vincolo (alle quali possono, in alcune circostanze, corrispondere diritti di credito dei beneficiari della destinazione): in particolare, in conseguenza del vincolo i beni destinati ed i relativi frutti «possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione» (art. 2645-ter c.c.), ed ogni diverso utilizzo è quindi illegittimo”

L'A non considera che in questo caso si verta in tema di rapporti obbligatori tradizionali, atteso che il vincolo produce una proprietà conformata, limitandone l'esplicazione con effetti reali.

Da questa ricostruzione derivano delle ricadute in punto di disciplina in caso di inattuazione del vincolo di destinazione ad opera del fiduciario:

-accanto ad una responsabilità per inadempimento in capo all'autore della violazione,

-vi è anche un' incidenza *reale* ; ciò sarebbe altresì comprovato dalla trascrizione del vincolo di destinazione per permetterne l'opponibilità a terzi.

Sul punto. G. D'AMICO, «La proprietà destinata», in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 e ss.; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 41; F. BENATTI, «La proprietà conformata dall'autonomia privata», in *Studium iuris*, 2011, p. 491; U. LA PORTA, «L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. », in *Riv.not.*, 2007, p. 1073 e ss.; ID., *I “formanti dell'ordinamento giuridico”, il diritto anglosassone e l'iperuranio (piccola e giocosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, p. 152 e ss.; F. PENE VIDARI, «Trust e rapporti fiduciari tra proprietà e contratto», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 295. Sulla proprietà del trustee quale situazione giuridica conformata, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 661; G. BALDINI, *Proprietà fiduciaria e trust*, in *Proprietà e diritti reali. Il sistema delle tutele*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2007, p. 290; E. CATERINI, *Il trust anglosassone e la corruzione del rapporto proprietario*, in *Studi in onore di C.M.Bianca*, II, Milano, 2006, p. 757; M. COSTANTINO, «Titolarietà giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee», in *Trusts*, 2003, p. 15 e 169; U. LA PORTA, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, p. 35; A.GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano 1996; C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 517.

è grado di imprimere sul bene, produca una situazione reale analoga a quella che vive il trustee rispetto al trust fund.

In realtà a nostro avviso pare che in entrambe le declinazioni di questa ricostruzione, l'assimilazione di questa forma di proprietà conformata non possa essere ricondotta alla disciplina del trust fund, atteso che la gestione di questo non è solo imputabile al trustee.

Il trust pare essere realtà più complessa dell'imposizione del vincolo.

Come si è avuto modo di considerare supra la gestione del trust fund è si imputabile al trustee, che vanta un'investitura reale sul trust fund. Il suo potere di gestione però al netto di eventuali ipotesi di *breach of trust*, "subisce" la collaborazione forzosa dei beneficiari. Essendo il trust, per definizione, un trust per beneficiari la law of trust, ha predisposto un apparato rimediabile che consente in via preventiva ai beneficiari di intervenire sulla vita del trust (come la *rule Sanders v. Vautier* o il c.d. diritto di anticipazione).

Chi propende per l'assimilazione empirica tra i due istituti valorizza anche il rapporto tra vincoli di destinazione e proprietà fiduciaria⁵²⁹. La dottrina in

⁵²⁹Sul contenuto e la disciplina della proprietà fiduciaria:

S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 253 e ss., 272 e ss. Per l'esclusione della proprietà fiduciaria dalla comunione legale dei beni tra coniugi, cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 322 e ss.; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, p. 166; A. GALASSO e M. TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 376.

Secondo parte della dottrina nell'ordinamento italiano è stato introdotto espressissimamente un concetto di proprietà fiduciaria mediante un'operazione a carattere dogmatico e non attraverso l'esercizio di un'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale. Lo spartiacque che ha determinato l'avvento della proprietà fiduciaria è rappresentato dall'art. 2645-ter.

(In particolare "sia che si ipotizzi un trasferimento della proprietà ad un fiduciario diverso dal disponente (c.d. fiducia dinamica), sia che sia quest'ultimo ad autolimitarsi vincolando il proprio diritto di proprietà ad una determinata destinazione (c.d. fiducia statica), la possibilità di opporre ai creditori, ed ai terzi in genere, il vincolo di destinazione consente di superare l'ostacolo all'efficacia reale del negozio fiduciario").

L'a. si spinge ad un passo ulteriore considerando in un'ottica comparatistica, c'è da dire che i vincoli di destinazione sono stati determinati dal passaggio dell'Italia

da un paese *no trust*, ad un ordinamento che contempla il trust come categoria di diritto positivo.

Sempre secondo L'A. L'adempimento sarebbe integrato dalla possibilità riconosciuta dall'ordinamento di creare dei vincoli di destinazione atipici e in conseguente separazione patrimoniale opponibile a terzi.

. Ed è proprio la separazione patrimoniale - comportando la costituzione in capo ad un medesimo soggetto di «più masse di beni autonome, ciascuna delle quali vive le proprie vicende e non è coinvolta in quelle interessanti le altre»- a costituire il fondamento del carattere reale della proprietà fiduciaria. Secondo l'A. Il passaggio successivo è rappresentato dalla configurazione della proprietà fiduciaria come una proprietà nell'interesse altrui.

Sul punto G. PETRELLI, «*La trascrizione degli atti di destinazione*», in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 168 e ss. La fiducia romanistica si caratterizza, secondo l'orientamento prevalente, proprio per l'inopponibilità ai terzi degli obblighi fiduciari: cfr. R. CAMPAGNOLO, «Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica», in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 349; M. GAMBINI, «*Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*», in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 844; nonché le classiche pagine di L. CARIOTA FERRARA, «*Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*», in *Dir. fall.*, 1972, p. 329; L. CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano 1962; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 201; ID., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *ibidem*, p. 334; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948; C. GRASSETTI, «Il negozio fiduciario e la sua ammissibilità nell'attuale ordinamento giuridico», in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 362; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1936. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass., 10 maggio 2010, n. 11314, in *Contratti*, 2010, p. 989; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041. Anteriormente all'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-ter, la dottrina aveva rilevato proprio l'assenza di una adeguata disciplina, anche pubblicitaria, che - consentendo di opporre ai terzi i vincoli di destinazione - consentisse di configurare un'incidenza dei medesimi vincoli sul diritto reale: cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., p. 242 ss.; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 95. Sulla categoria della «proprietà nell'interesse altrui», cfr. A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999;

Vengono evidenziati come caratteri fondanti della proprietà fiduciaria:

- 1) La strumentalità, nel senso della fruibilità a vantaggio di altri anziché essere un fine in sé, essa rappresenta soltanto uno strumento per il perseguimento in via *esclusiva* di una finalità ulteriore (lo scopo della destinazione).
- 2) Per tale ragione, essa non è una situazione giuridica assoluta ed incondizionata, idonea ad *arricchire* il patrimonio del proprietario, ma al contrario si caratterizza come diritto transeunte e provvisorio, destinato a venir meno in capo al fiduciario con la realizzazione del suo scopo. Questa strumentalità della situazione giuridica proprietaria ne determina alcune fondamentali caratteristiche di disciplina

In punto di disciplina deriverebbe

- 1) l'*esclusione dalla comunione legale* (la quale ricomprende solo gli investimenti destinati ad arricchire il patrimonio del coniuge acquirente, e proprio per ciò costituisce «acquisto» idoneo ad essere ricompreso nella comunione).
- 2) la successione *mortis causa* del fiduciario. La natura strumentale del diritto dominicale implichi un preciso obbligo dei chiamati all'eredità o degli eredi del fiduciario - a cui

commento infatti ritiene che l'art.2645 ter abbia decretato l'ingresso, nel senso di positivizzazione, della proprietà fiduciaria in Italia, sul presupposto che la cifra referenziale di questa sia l'essere una proprietà nell'interesse altrui.

Da un punto di vista normativo si segnalano due novità che possono essere interpretate come un punto di arresto nella fase espansiva dei vincoli di destinazione (ma anche dei c.d. trust interni).

Ci si riferisce a⁵³⁰ La legge 6 agosto 2015, n. 132 (in Suppl. ord. alla G.U. n. 192 del 20.8.2015), in vigore dal 21 agosto 2015, di conversione del D.L.

viene trasmesso anche il possesso dei beni destinati - di trasferire gli stessi beni al soggetto designato da chi è all'uopo legittimato, in sostituzione del fiduciario defunto. Sul concetto di proprietà fiduciaria come proprietà nell'interesse altrui M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; A. GAMBARO, «Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui», in *Trusts*, 2007, p. 169; L. SAMBUELLI, «La "proprietà" nell'interesse altrui (mandato generale e conflitto d'interessi)», in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1321.

Secondo PETRELLI "si parla correttamente di «proprietà nell'interesse altrui» solo allorché il diritto dominicale sia inciso sul piano «reale» delle facoltà di godimento e di disposizione spettanti al titolare, mentre in caso di incidenza meramente obbligatoria dell'agire nell'interesse altrui come avviene, secondo l'orientamento prevalente, nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare - occorre utilizzare un linguaggio di tipo «contrattuale», anziché «proprietario»" (per tale rilievo cfr. in particolare L. SALAMONE, «La c.d. proprietà del mandatario», in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 77; P. IAMICELI, *op. cit.*, p. 88 e ss.; R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 238 e ss.). Sul problema della «proprietà del mandatario», cfr. inoltre L. CAMPAGNA, «La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili», in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 7; M. GRAZIADEI, «Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà», in *Riv.dir. civ.*, 1988, II, p. 142 e ss.; ID., «Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario», in *Quadrimestre*, 1990, p. 1). I caratteri essenziali della proprietà fiduciaria erano stati magistralmente tratteggiati già da indagare più approfonditamente i caratteri identificativi di tale proprietà fiduciaria, con particolare riguardo all'ordinamento giuridico italiano.

⁵³⁰ La legge 6 agosto 2015, n. 132 (in Suppl. ord. alla G.U. n. 192 del 20.8.2015), in vigore dal 21 agosto 2015, di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, ha modificato (art. 6, comma 1-bis, del decreto legge) l'art. 64 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), che dichiara privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito compiuti dal soggetto poi fallito.

La novella dispone, in particolare, che i beni oggetto degli *atti gratuiti* suddetti (tra i quali rientrano, per pacifica giurisprudenza, anche gli atti costitutivi di fondo patrimoniale, di trust, di vincoli di destinazione) sono *acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento*.

27 giugno 2015, n. 83, ha modificato (art. 6, comma 1-*bis*, del decreto legge) l'art. 64 della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), che dichiara privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito compiuti dal soggetto poi fallito.

In secondo luogo un impatto più considerevole è ascrivibile a⁵³¹l'art. 12 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (in G.U. n. 147 del 27.6.2015), in vigore dal 27 giugno 2015, ha introdotto nel codice civile, dopo l'art. 2929 c.c., il nuovo art. 2929-*bis*, che da solo costituisce la sezione I-*bis* (Dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito) del Capo II (Dell'esecuzione forzata).

In base alla norma è possibile sottoporre a pignoramento, entro un anno dalla trascrizione dell'atto di alienazione a titolo gratuito o dell'atto costitutivo del vincolo di indisponibilità o di destinazione, i beni immobili e mobili registrati che ne formano oggetto, sul presupposto del pregiudizio arrecato ai creditori anteriori del disponente e della conoscenza di tale

⁵³¹ L'art. 12 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (in G.U. n. 147 del 27.6.2015), in vigore dal 27 giugno 2015, ha introdotto nel codice civile, dopo l'art. 2929 c.c., il nuovo art. 2929-*bis*, che da solo costituisce la sezione I-*bis* (Dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito) del Capo II (Dell'esecuzione forzata).

La norma consente di sottoporre a pignoramento, entro un anno dalla trascrizione dell'atto di alienazione a titolo gratuito o dell'atto costitutivo del vincolo di indisponibilità o di destinazione, i beni immobili e mobili registrati che ne formano oggetto, sul presupposto del pregiudizio arrecato ai creditori anteriori del disponente e della conoscenza di tale pregiudizio da parte del debitore; ciò anche a prescindere dall'esperimento dell'azione revocatoria, e dall'ottenimento della relativa sentenza.

Per effetto di quest norma sorgono dei problemi interpretativi che investono direttamente l'attività notarile e sono riassumibili in :

rapporto con l'azione revocatoria; incidenza sull'obbligo notarile di esecuzione delle visure ipotecarie; disciplina dei casi in cui il pignoramento sia eseguito indebitamente; rapporto con la disciplina dei vincoli di destinazione, del trust, del fondo patrimoniale; tutela dei terzi subacquirenti; coordinamento con la disciplina delle pubblicità legali; disciplina transitoria. Nei confronti dei trust interni e dei vincoli di destinazione la norma produce sicuramente un allentamento della fase espansiva di questi istituti, dal momento che accompagna l'atto di destinazione e l'atto istitutivo con il sospetto di attuare un'operazione elusiva.

pregiudizio da parte del debitore; ciò anche a prescindere dall'esperimento dell'azione revocatoria, e dall'ottenimento della relativa sentenza.

Si segnala altresì che invece il tema della segregazione e della separazione sub specie si deposito di somme presso il notaio è stato oggetto di elaborazione di dottrina e prassi e ha consolidato l'istituto della separazione patrimoniale come istituto di diritto positivo e non solo come strumento attuativo indiretto dell'articolazione patrimoniale anche se normativamente disciplinato.⁵³²

⁵³² L'art. 1, commi da 63 a 67, della legge 27 dicembre 2013 n. 147, ha introdotto una nuova disciplina sul deposito obbligatorio del prezzo, e di altre somme, presso il notaio.

Il testo dei suddetti commi è il seguente:

“63. Il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato:

a) tutte le somme dovute a titolo di onorari, diritti, accessori, rimborsi spese e contributi, nonché a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, in relazione agli atti dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare, ovvero in relazione ad attività e prestazioni per le quali lo stesso sia delegato dall'autorità giudiziaria;

b) ogni altra somma affidatagli e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64, comprese le somme dovute a titolo di imposta in relazione a dichiarazioni di successione;

c) l'intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione delle spese condominiali non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del ricevimento o dell'autenticazione, di contratti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione od estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende.

64. La disposizione di cui al comma 63 non si applica per la parte di prezzo o corrispettivo oggetto di dilazione; si applica in relazione agli importi versati contestualmente alla stipula di atto di quietanza. Sono esclusi i maggiori oneri notarili.

65. Gli importi depositati presso il conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato. Dette somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono assolutamente impignorabili a richiesta di chiunque ed assolutamente impignorabile ad istanza di chiunque è altresì il credito al pagamento o alla restituzione della somma depositata.

66. Eseguita la registrazione e la pubblicità dell'atto ai sensi della normativa vigente, e verificata l'assenza di formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto e da questo risultanti, il notaio o altro pubblico ufficiale provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a titolo di prezzo o corrispettivo. Se nell'atto le parti hanno previsto che il prezzo o corrispettivo sia pagato solo dopo l'avveramento di un determinato evento o l'adempimento di una determinata prestazione, il notaio o altro pubblico ufficiale svincola il prezzo o corrispettivo depositato quando gli viene fornita la

prova, risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero secondo le diverse modalità probatorie concordate tra le parti, che l'evento dedotto in condizione si sia avverato o che la prestazione sia stata adempiuta. Gli interessi sulle somme depositate, al netto delle spese di gestione del servizio, sono finalizzati a rifinanziare i fondi di credito agevolato, riducendo i tassi della provvista dedicata, destinati ai finanziamenti alle piccole e medie imprese, individuati dal decreto di cui al comma 67.

67. Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia, sentito il parere del Consiglio nazionale del notariato, sono definiti termini, condizioni e modalità di attuazione dei commi da 63 a 66, anche con riferimento all'esigenza di definire condizioni contrattuali omogenee applicate ai conti correnti dedicati”.

La disciplina, fornisce una regolamentazione di *situazioni eterogenee*, che hanno però in comune situazioni che rivestono interesse ai fini della “positivizzazione” della segregazione patrimoniale nel nostro ordinamento:

1) l'obbligo del deposito su un conto corrente dedicato, posto in capo al notaio (o ad altro pubblico ufficiale competente, ex art. 2699 c.c.),

2) gli effetti di tale deposito, soprattutto per quanto riguarda il profilo della “segregazione” delle somme depositate, e quindi della relativa autonomia sia rispetto al patrimonio delle parti che di quello del notaio depositario.

In dottrina (PETRELLI) si segnala che la fattispecie individuata dal comma 63, lett. c) si ricollega alla *tradizione francese*, nella quale da lungo tempo il notaio assolve alla funzione di depositario delle somme dovute a titolo di prezzo o corrispettivo, nella fase che va dalla stipula del preliminare (con correlativo pagamento degli acconti sul prezzo) fino alla trascrizione (*publicité foncière*) dell'atto notarile

La *sedes materiae* della normativa francese sul punto è contenuta nel *Décret n°45-0117 du 19 décembre 1945*, in particolare artt. 14 e 15, e nell'*Arrêté du 30 novembre 2000 relatif au dépôt et au retrait des sommes versées par les notaires sur leurs comptes de disponibilités courantes et sur leurs comptes de dépôts obligatoires à la Caisse des dépôts et consignations*; nonché, quanto alla contrattazione su immobili da costruire, negli artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)*; e negli artt. R261-1 e seguenti del medesimo *Code (partie réglementaire)*.

Cfr. sul punto TONDO, *Notariato e pubblicità immobiliare in raccordo con l'esperienza francese*, in *Vita not.*, 2010, p. 1503; PISANI, *Versamento di fondi e preliminare di vendita. Il ruolo del notaio nel sistema francese*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano 2008, p. 10; DONATI, *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto privato 1995, I - Il trasferimento in proprietà*, Padova 1995, p. 229. Riguardo agli immobili da costruire, v. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano 2005, p. 1 ss., spec. § 2; FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio francese e spunti per il Notariato italiano*, in *Immobili & proprietà*, 2008, p. 555; VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 621; ALDRIN, *Modalità di protezione degli acquirenti d'immobile da costruire. Regole e principi dell'esperienza francese*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.

Sul deposito in funzione di garanzia, cfr. GORGONI, *Deposito in funzione di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento XVI*, Roma 2007; ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, p. 365; LUCIANI, *Escrow*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 801; GRISI, *Sul deposito in funzione di garanzia*, in *Rosario Nicolò*, a cura di Lipari, Napoli 2011, p. 275; GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999; LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 425. Sul problema del deposito del prezzo in relazione ai contratti su immobili da costruire, cfr. TASSINARI, *Prospettive e difficoltà ai fini dell'utilizzazione del deposito del prezzo presso notaio in attesa del contratto definitivo*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs.122/2005 e prospettive*, a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2006, p. 173.

Sul registro delle somme e valori, cfr. CASU-SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, p. 429 ss.; DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano 2007, p. 320; BOERO, *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, p. 395 ss.; Consiglio nazionale del Notariato – Ufficio studi, *Registro somme e valori*, in *Dizionario giuridico del notariato*, Milano 2006, p. 846; FALZONE–ALIBRANDI, *Registro delle somme o valori*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma 1977, p. 534.

Quanto all'applicazione della normativa *ratione materiae*: la menzione normativa del prezzo e del corrispettivo in denaro tradisce la volontà del legislatore di ricomprendere nella disciplina non solo la *compravendita*, ma anche altri contratti come, ad esempio, la *permuta con conguaglio*, e la *dazione in pagamento* che preveda il pagamento di una somma di denaro. Qualche dubbio sorge in relazione alla *divisione con conguagli*, Secondo PETRELLI, il trasferimento o la costituzione può riguardare un “*diritto reale*”: il precetto legislativo non circoscrive la sua portata ai soli *diritti reali di godimento*, e quindi anche la *costituzione di diritti reali di garanzia*, in presenza di un “corrispettivo” in denaro, è assoggettata alla disciplina in esame. Oltre alla *garanzia ipotecaria*, viene in considerazione anche il *pegno* (nell'ipotesi in cui oggetto del contratto sia un'azienda).

Per quanto attiene all'*estinzione di diritti reali*. Tra le fattispecie “estintive” di diritti reali rientra sicuramente la *rinuncia abdicativa* agli stessi; la *cancellazione dell'ipoteca* – quando funga da causa estintiva del diritto reale di garanzia, a norma dell'art. 2878, n. 1, c.c. – rientra nell'ambito di applicazione della disciplina in esame, se beninteso la stessa venga consentita dietro contestuale pagamento del credito garantito, in quanto in tale ipotesi la pubblicità (annotazione di cancellazione) ha natura di pubblicità costitutiva (nessun deposito obbligatorio, invece, se l'estinzione del debito).

Escluso dall'ambito di applicazione della disciplina in oggetto il *contratto preliminare di compravendita*, che non è un contratto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale. Sono contemplate le *cessioni di azienda*, tra le fattispecie contrattuali il cui perfezionamento dinanzi al notaio comporta l'obbligo di deposito su conto corrente dedicato.

Ai nostri fini riveste invece un particolare interesse:

I) la disciplina del *conto corrente dedicato*

Ai sensi del comma 63, il notaio è tenuto a versare le somme depositate su “apposito conto corrente dedicato”.

“Conto corrente dedicato” significa che lo stesso deve essere *destinato esclusivamente al deposito delle somme individuate nel comma 63, espressamente esclusa ogni diversa destinazione del conto stesso*. Detto conto deve essere *intestato al notaio*.

La legge utilizza il singolare (“apposito conto corrente dedicato”), e ciò sembra condurre alla conclusione della *sufficienza di un unico conto corrente dedicato da parte del notaio, senza necessità quindi di apertura di un conto corrente dedicato per ciascun deposito effettuato*.

II) La separazione patrimoniale o “segregazione” delle somme depositate

A norma dell’art. 1, comma 65, della legge n. 147/2013, “gli importi depositati presso il conto corrente di cui al comma 63 costituiscono patrimonio separato. Dette somme sono escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono assolutamente impignorabili a richiesta di chiunque ed assolutamente impignorabile ad istanza di chiunque è altresì il credito al pagamento o alla restituzione della somma depositata”.

Le somme depositate sul conto dedicato, ed i corrispondenti crediti al pagamento ed alla restituzione, sono “impignorabili a richiesta di chiunque”. *Né i creditori del notaio, né quelli delle parti possono, quindi, procedere ad atti esecutivi sulle suddette somme* (e lo stesso vale, evidentemente, per eventuali *azioni cautelari*). L’intervento del pubblico ufficiale, e le garanzie derivanti dalla sua terzietà ed imparzialità, rafforzate dai controlli a cui il notaio è sottoposto (anche attraverso le risultanze degli atti dallo stesso ricevuti o autenticati, e del registro somme e valori) giustificano tale importante deroga al principio sancito dall’art. 2740 c.c.

III) nel caso in cui siano *violate le regole della separazione patrimoniale*, perché, ad esempio, sul conto dedicato vengono versate altre somme, diverse da quelle menzionate nel comma 63; ovvero perché *tutte o parte di dette somme vengono distratte dalla loro destinazione ad opera del notaio depositario*.

Tale disposto risulta funzionale alla riconoscibilità della destinazione patrimoniale a tutela degli affidamenti dei terzi mediante specifiche forme di pubblicità o, quantomeno, cautele di tipo formale (es., la spendita della qualificadi proprietario per conto altrui, l’instestazione del deposito o conto corrente in modo da rendere evidente ai terzi la destinazione ad uno scopo). Conclusioni che devono essere ritenute applicabili anche alla fattispecie di cui trattasi.

Anche la “*confusione*” del patrimonio destinato con il restante patrimonio del titolare (nella specie, il notaio depositario) è suscettibile di far venir meno la destinazione, in quanto in tal caso le esigenze della circolazione giuridica, e il principio di tutela del legittimo affidamento dei terzi, prevale sull’interesse dei beneficiari del patrimonio destinato. 63, ovvero il prelievo non giustificato di somme dal conto dedicato, che comunque non ne pregiudica l’autonomia).

Alla luce di tali norme, va in particolare evidenziata la probabile qualificazione della fattispecie in esame come *deposito irregolare*

previgente disciplina generale del deposito di somme e valori presso il notaio, e sulla relativa casistica, cfr. SICCHIERO, *Gli assegni consegnati in deposito fiduciario non vanno iscritti nel registro somme e valori (nota a Comm. disciplina Trentino–Alto Adige 30 giugno 2011)*, in *Vita not.*, 2012, p. 1113; LOMONACO, *Restituzione di somme affidate al notaio. Interessi legali*, in *Studi e materiali*, 2004, 2, p. 1204; AVAGLIANO, *Contratto di mutuo fondiario e incarico al notaio*, in *CNN Strumenti*, voce 1210; C.N.N., *Affidamento di somme al notaio — profili deontologici*, in *CNN Attività*, 2000, p. 106; GALLIZIA, *L'utilizzo del «trust» nell'affidamento di somme al notaio*, in *FederNotizie*, 1999, p. 90; FERRI, *Assicurazione della responsabilità civile e furto del denaro presso il depositario*, in *Studi e materiali*, 5.1., Milano 1998, p. 68; METITIERI, *Deposito a mani del notaio di*

L'art. 1, commi da 63 a 67, della legge 27 dicembre 2013 n. 147, ha introdotto una nuova disciplina sul deposito obbligatorio del prezzo, e di altre somme, presso il notaio.

Ai nostri fini preme sottolineare che :

- La disciplina, fornisce una regolamentazione di *situazioni eterogenee*, che hanno però in comune situazioni che rivestono interesse ai fini della “positivizzazione” della segregazione patrimoniale nel nostro ordinamento:

1)l'obbligo del deposito su un conto corrente dedicato, posto in capo al notaio (o ad altro pubblico ufficiale competente, ex art. 2699 c.c.),

2)gli effetti di tale deposito, soprattutto per quanto riguarda il profilo della “segregazione” delle somme depositate, e quindi della relativa autonomia sia rispetto al patrimonio delle parti che di quello del notaio depositario.

- Viene fornita la disciplina del *conto corrente dedicato*
Ai sensi del comma 63, il notaio è tenuto a versare le somme depositate su “apposito conto corrente dedicato
- Le somme depositate sul conto dedicato, ed i corrispondenti crediti al pagamento ed alla restituzione, sono “impignorabili a richiesta di chiunque”. *Né i creditori del notaio, né quelli delle parti possono, quindi, procedere ad atti esecutivi sulle suddette somme né adiazioni cautelari*
- Viene prevista la sanzione della cessazione della separazione patrimoniale in caso di confusione di patrimoni. Infatti il deposito,

assegno all'ordine del mutuatario, in Studi e materiali, IV, Milano 1995, p. 175; LEOTTA, Affidamento di somme al notaio, in Federnotizie, 1998, p. 223; MUGGIA, Cenni sul trattamento dei «depositi» quanto ad imposta di registro e bollo, in Federnotizie, 1998, p. 229; BARASSI, Depositi fiduciari di somme e titoli, in Fiducia, trust, mandato e agency, Milano 1991; VOIELLO, Depositi fiduciari, ibidem; FALZONE–ALIBRANDI, Affidamento di somme o valori al notaio, in Dizionario Enciclopedico del Notariato, I, Roma 1973, p. 57; JEMMA, Deposito di somma presso notaio deceduto, ed incarico del pretore ad altro notaio di continuare la gestione, in Vita not., 1985, p. 811; SANTORO–PASSARELLI, Deposito in luogo di adempimento, in Saggi di diritto civile, I, Napoli 1961, p. 281; MASTROPAOLO, I singoli contratti, 7 — I contratti reali, Torino 1999, p. 63 ss.

che secondo la dottrina è qualificabile come deposito irregolare, deve essere identificabile, a tutela dell'affidamento dei terzi.

Vengono pertanto riproposte tutte quelle problematiche sottese alla segregazione dei beni, con applicazione della relativa disciplina.

Un'ulteriore tendenza evolutiva può essere ravvisata nella disciplina del *prestito vitalizio ipotecario*, in cui si dà ingresso ad una interpretazione c.d. progressita del divieto del patto commissorio, interpretando alcune fattispecie ivi considerate alla luce di ipotesi di patto marciano, che essendo ritenuto lecito sfugge ad ogni ipotesi di contrarietà a norme imperative⁵³³.

⁵³³ L'art. 1 della legge 2 aprile 2015, n. 44 (in G.U. n. 92 del 21.4.2015), in vigore dal 6 maggio 2015, ha modificato l'articolo 11-*quaterdecies* del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge 2 dicembre 2005, n. 248, introducendo una nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario.

Si tratta di un contratto che ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero al verificarsi di eventi particolari. Per le sue caratteristiche, il prestito vitalizio ipotecario costituisce una valida alternativa ad altri strumenti fino ad oggi utilizzati (come la vendita della nuda proprietà con riserva di usufrutto, o la rendita vitalizia).

Quello che a noi interessa dell'articolato normativo è finalizzato ad indagare il rapporto con il divieto del patto commissorio. Provvederemo quindi a livello meramente cursorio a tracciare alcuni passaggi che risultano funzionali.

Nello specifico :

§1.. Il potere del finanziatore di vendere l'immobile

Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi di uno degli eventi di cui al comma 12 dell'articolo 11-*quaterdecies* del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248 il finanziatore potrà provvedere direttamente alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato (art. 1349 c.c.) da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso.

§2.La reinterpretazione del rapporto sub specie di patto marciano

Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che si sia riusciti a vendere l'immobile è previsto un ribasso del prezzo del quindici per cento e così via per ogni dodici mesi successivi.

La parte del prezzo eventualmente ricavato dalla vendita eccedente il capitale residuo del finanziamento è destinata agli eredi o al soggetto finanziato nel caso in cui egli sia decaduto dal termine.

Tale previsione consente di poter beneficiare dell'eventuale andamento positivo dei prezzi dell'immobile e, unitamente a quella che prevede che il prezzo di vendita debba essere quello di mercato siccome determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, costituisce di fatto un patto marciano volto ad evitare in radice pericolose interferenze col divieto del patto commissorio(art. 2744 c.c.).

Infatti come è caratteristico del patto marciano vi è la previsione che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore possa eventualmente perdere la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il *surplus* gli sarà senz'altro restituito (quella che i romani chiamavano l'*interusurium*).

Il meccanismo del patto individua infatti una clausola di congruenza che effettua una ponderazione tra valore del bene oggetto della garanzia e poi di vendita ed entità del credito inibendo che la sua attuazione coattiva privata avvenga senza alcun controllo dei valori patrimoniali in gioco. Secondo la dottrina mancherebbe ancora una previsione che permetterebbe di scongiurare del tutto la ricorrenza di una ipotesi di patto commissorio. Infatti, il legislatore non ha invece previsto espressamente che il finanziatore, o altra società appartenente alla sua "cerchia economica", non possa acquistare il bene.

.E' predisposta una *clausola di salvaguardia* a tutela degli eredi:

di modo da evitare di lasciare agli eredi un importo da rimborsare superiore a quello ricavabile dalla vendita della proprietà ipotecata .

In particolare:

contro il rischio, di un eventuale deprezzamento del valore dell'immobile che potrebbe non essere sufficiente a rimborsare interamente il prestito è stabilito (12 *quater*, comma 2, penultimo periodo) che il valore del debito da restituire non possa essere mai superiore al valore dell'immobile venduto, al netto delle spese sostenute.

Resta da chiarire la posizione della banca per evitare che il suo agire possa integrare gli estremi del patto commissorio.

Infatti

1)La legge nulla dice sul meccanismo in base al quale la banca possa vendere l'immobile ipotecato in suo favore.

L'ipotesi più plausibile pare dunque quella che essa vi provveda in nome e per conto dell'esecutato a ciò legittimata da un mandato gratuito ad alienare (eventualmente anche *post mortem*) *in rem propriam* (art. 1723, comma 2, c.c.) previsto implicitamente dalla legge istitutiva del prestito ipotecario.

Il silenzio del legislatore in merito non sembra però escludere, ma anzi consigliare per evidenti ragioni di riservatezza, che il mandato a vendere e la relativa procura vengano conferiti con atto o addirittura con atti distinti e separati, ma necessariamente collegati, invece che all'interno del contratto di finanziamento.

La vendita potrà essere disposta decorsi i termini previsti dal comma 12 e quindi non solo per il caso di decadenza dal termine di adempimento, ma anche nel caso di morte del soggetto finanziato.

Il che appare perfettamente conforme a quanto previsto dall'art. 1723, cpv., c.c. secondo il quale:

“Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi [...]; non si estingue per la morte [...] del mandante”.

Gli effetti del mandato si verificheranno dunque in capo al mandante-debitore, benchè defunto, in forza della c.d. ultrattività del mandato in *rem propriam* e quindi della sua insensibilità all'evento normalmente estintivo della morte del mandante.

La stessa Suprema Corte ha ritenuto che anche al mandato con rappresentanza sia applicabile l'art. 1723, comma 2, c.c., non essendo il mandato con rappresentanza l'unione di due negozi distinti e scindibili (il mandato e la procura), bensì una figura autonoma e a sé stante, alla quale sono applicabili non solo le norme sulla rappresentanza, ma anche quelle sul mandato, ai sensi dell'art. 1704 c.c.

Il comma 12 *quater* prevede, poi, che il potere di vendere l'immobile possa essere “conferito” dal finanziatore all'erede (previo accordo in merito) affinché vi provveda entro il termine di dodici mesi.

Nell'esecuzione di un mandato *in rem propriam* dopo la morte non pare nemmeno astrattamente configurabile un conferimento da parte del mandatario del potere gestorio in favore degli eredi dato che:

“la coincidenza dei mandatarî con gli eredi necessariamente implica la riferibilità della loro volontà negoziale all'assorbente posizione di successori, ormai ostativa ad una contrattazione in nome e per conto del proprietario”.

Il proprietario mandante o il suo erede, non perdono del resto mai, fino all'eventuale esecuzione dell'incarico conferito, il potere di disporre del bene oggetto del mandato, valendo clausola di irrevocabilità solo nei rapporti interni.

Il conferimento del mandato ad alienare, anche se in *rem propriam*, non comporta infatti di per sé, alcuna limitazione ai poteri dispositivi del mandante, come dimostrano le ipotesi di decadenza dal termine di adempimento previste al comma 12.

Il riferimento al “conferimento” può quindi forse solo riferirsi ad un accordo autorizzativo in virtù del quale le parti stabiliscono:

- a) che alla vendita dovranno provvedere, nel termine di dodici mesi e al prezzo stabilito dal perito, gli eredi;
- b) che il finanziatore verrà pertanto autorizzato a soprassedervi entro il medesimo limite temporale;
- c) che quest'ultimo, ove gli eredi reperiscano un acquirente, rilascerà l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca iscritta in suo favore.

Sui rapporti fra patto commissorio e procura a vendere, M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, p. 570; R. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 260; D. Cenni, *Mandato ad alienare e scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, p. 61; M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, p. 574. BIANCA, C.M. Bianca, *Diritto civile, III*, Milano, 1987, p. 106; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 267; *contra* Minervini, *In tema di mandato e di procura irrevocabile*, in *Giur. compl. Cass.*, 1948, II, p. 289.

In particolare se si prende in esame L'art. 1 della legge 2 aprile 2015, n. 44 (in G.U. n. 92 del 21.4.2015), in vigore dal 6 maggio 2015, ha modificato l'articolo 11-*quaterdecies* del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge 2 dicembre 2005, n. 248, introducendo una nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario.

Il contratto ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero al verificarsi di eventi particolari.

Nello specifico deve notarsi che:

- Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi di uno degli eventi di cui al comma 12 dell'articolo 11-*quaterdecies* il finanziatore potrà provvedere direttamente alla vendita dell'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato (art. 1349 c.c.) da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso.
- Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che si sia riusciti a vendere l'immobile è previsto un ribasso del prezzo del quindici per cento ripetibile per ogni dodici mesi successivi.
- La parte del prezzo eventualmente ricavato dalla vendita eccedente il capitale residuo del finanziamento è destinata agli eredi o al soggetto finanziato nel caso in cui egli sia decaduto dal termine.

In quest'ultima previsione si innesta il patto marciano ovvero nella possibilità *di poter beneficiare dell'eventuale andamento positivo dei prezzi dell'immobile e, unitamente a quella che prevede che il prezzo di vendita debba essere quello di mercato siccome determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore.*

La predisposizione del patto marciano è funzionale ad *evitare di rientrare nelle maglie applicative del divieto del patto commissorio*(art. 2744 c.c.).

Altro segnale della tendenza espansiva in commento è la nuova normativa in tema di cartolarizzazione⁵³⁴.

⁵³⁴ In materia di cartolarizzazione., per tutti, G. DE NOVA, C. LEO, *Cartolarizzazione. La "securitization" in Italia*, in *Contratti*, 1999, p. 709; R. PARDOLESI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia, commentario alla legge 30 aprile 1999, n. 130*, Milano, 1999; M. GRANIERI, *La disciplina della cartolarizzazione dei crediti. Appunti di analisi economica e comparata*, in *Riv. dir. impr.*, 2001, fasc. 1, p. 11; D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione" dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 101; A. DANOVI (a cura di), *Separazione patrimoniale e imprese multidivisionali nel sistema italiano*, Milano, 2005; W. VIRGA, *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenze del capitale finanziario*, in *Contr. impr.*, 2007, n. 4-5, p. 1011.

In tema di project financing, .. ex multis, U. DRAETTA, C. VACCA, *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997; L. COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. impr.*, 1, 2003, p. 389; C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 283; S. SICA, V. D'ANTONIO, *Il sistema multinegoziale del project financing*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. STANZIONE, A. SATURNO, Padova, 2005, p. 905.

Tra le novità deve segnalarsi in tema di cartolarizzazione dei crediti

Il Decreto Destinazione Italia (d.l. 145/2013) che, all'articolo 12 ha, tra le altre cose, introdotto modifiche rilevanti alla legge sulla cartolarizzazione.

Che in sintesi importa l'ingresso delle seguenti novità:

- Una implementazione degli Attivi cartolarizzabili

Il nuovo comma 1-bis dell'articolo 1 della legge sulla cartolarizzazione estende l'applicabilità di detta legge anche "alle operazioni realizzate mediante la sottoscrizione e l'acquisto di obbligazioni e titoli similari, esclusi comunque i titoli rappresentativi del capitale sociale, titoli ibridi e convertibili, da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli". Vi è pertanto espressamente la possibilità che gli attivi ivi menzionati possano rappresentare l'oggetto di un'operazione di cartolarizzazione, così legittimando non solo le operazioni della specie già effettuate in passato ma tutte quelle che potranno effettuarsi nel futuro, anche beneficiando delle agevolazioni introdotte dalla normativa sui cd. mini-bond ai sensi del Decreto Sviluppo emesso nel 2012. (nello specifico : le società per la cartolarizzazione non essendo "investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale", non potranno sottoscrivere obbligazioni emesse oltre il limite specificato al comma 1 dell'articolo 2412 (il doppio del capitale, della riserva legale e delle riserve disponibili) e non quotate in mercati regolamentati.)

- La segregazione dei conti correnti

Si prevede che le somme depositate sui “conti correnti segregati” delle società della cartolarizzazione costituiscono patrimonio separato da quello del depositario e degli altri depositanti (comma 2-*bis*) e da quello del *servicer* e del *sub-servicer* (comma 2-*ter*). Non è presente tuttavia una definizione di “conti correnti segregati”.

- Cessioni alle società per la cartolarizzazione e opponibilità delle stesse

Il Decreto sostituisce i commi 1 e 2 dell’articolo 4 della legge sulla cartolarizzazione introducendo la facoltà per le parti di utilizzare le modalità di cui alla legge factoring per perfezionare e rendere opponibili le cessioni effettuate nel contesto di un’operazione di cartolarizzazione. Si tratta di una disposizione introdotta con lo scopo di facilitare la cartolarizzazione di crediti commerciali, spesso effettuate a breve distanza l’una dall’altra. Tali norme sembrerebbero consentire alla maggioranza delle operazioni di cartolarizzazione di crediti derivanti da “*contratti stipulati dal cedente nell’esercizio dell’impresa*” di beneficiare delle formalità e della procedura prevista dalla legge factoring (*i.e.*, opponibilità della cessione ai terzi attraverso il conferimento di data certa al pagamento del corrispettivo della cessione).

- Cessioni di crediti vantati nei confronti della Pubblica Amministrazione

Il nuovo comma 4-*bis* dell’articolo 4 della legge sulla cartolarizzazione introduce l’eliminazione di qualunque formalità diversa o ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge sulla cartolarizzazione.

- I sottoscrittori dei titoli della cartolarizzazione

È introdotta un’importante novità per le imprese di assicurazione che vogliano investire in titoli della cartolarizzazione per coprire le proprie riserve tecniche: i titoli della cartolarizzazione che abbiano come sottostante obbligazioni e titoli simili costituiscono attivi ammessi alla copertura delle riserve tecniche delle imprese di assicurazione ancorché tali titoli non siano “*destinati a essere negoziati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione e anche se privi di valutazione del merito di credito da parte di operatori terzi*”. Tale novità potrà quindi avere il merito di rendere appetibili per le imprese di assicurazione tali nuovi titoli della cartolarizzazione.

- Cartolarizzazioni effettuate da fondi di investimento

Il nuovo comma 2-*bis* dell’ articolo 7 della precedente normativa in tema di cartolarizzazione, da un lato chiarisce che le attività di *servicing* possono essere svolte dalla

In particolare:

Il Decreto Destinazione Italia (d.l. 145/2013) che, all'articolo 12 ha, tra le altre cose, introdotto modifiche rilevanti alla legge sulla cartolarizzazione, determinando di fatto un'implementazione delle operazioni.

Se si esamina nello specifico:

I) Il nuovo comma 1-bis dell'articolo 1 della legge sulla cartolarizzazione estende l'applicabilità di detta legge anche *“alle operazioni realizzate mediante la sottoscrizione e l'acquisto di obbligazioni e titoli similari, esclusi comunque i titoli rappresentativi del capitale sociale, titoli ibridi e convertibili, da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli.*

II) viene introdotta la facoltà per le parti di utilizzare le modalità di cui alla legge factoring per perfezionare e rendere opponibili le cessioni effettuate nel contesto di un'operazione di cartolarizzazione;

III) si prevede che le somme depositate sui “conti correnti segregati” delle società della cartolarizzazione costituiscono patrimonio separato da quello del depositario e degli altri depositanti (comma 2-bis) e da quello del servicer e del sub-servicer (comma 2-ter). Non è presente tuttavia una definizione di “conti correnti segregati”.

Soprattutto la disposizione di cui al punto II) svolge una funzione propulsiva rendendo più agevoli le operazioni di cartolarizzazione.

SGR oltre che dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 6, della legge sulla cartolarizzazione, così facendo chiarezza su una delle tematiche che ha comportato l'inutilizzabilità della struttura di cartolarizzazione indicata all'articolo 7. Dall'altro, lo stesso comma 2-bis sembrerebbe aggiungere un'ulteriore apertura nella parte in cui si specifica che alle cessioni effettuate in favore dei fondi d'investimento *“si applicano gli articoli 4 e 6, comma 2, nonché le restanti disposizioni della legge sulla cartolarizzazione in quanto compatibili”.*

Anche il tema delle garanzie rotative (c.d. floating charge)⁵³⁵ svolge un ruolo di intersezione con le destinazioni patrimoniali e con la separazione patrimoniale.

⁵³⁵ A titolo esemplificativo, si pensi alla figura del pegno rotativo, ossia a quella forma di garanzia mobiliare non possessoria sui beni ovvero sui titoli nel portafoglio del debitore, tipico esempio di *floating charge*: ex pluribus, R. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in Riv. not., 3, 2003, p. 544, G. B. BARILLÀ, *Pegno rotativo e discipline anomale di pegno*, in Studium iuris, 2002, p. 371 ss.; ID *Il pegno tra codice e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in Nuova giur. civ. comm., 2006, fasc. 1, I, p. 18; M. RESCIGNO, *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in Banca, borsa tit. cred., 2001, I, p. 1; D. PORRARO, *Osservazioni a Cass. 28 maggio 1998, n. 5264*, in Corr. giur., 1998, p. 1320; C. STINGONE, *Il pegno rotativo nella teoria delle garanzie reali*, in Dir. fall., 1998, II, p. 609; E. GABRIELLI, *Garanzia rotativa, vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno*, in Riv. dir. civ., 1992, II, p. 267; ID., voce *Rotatività della garanzia*, in Digesto delle disc. priv., Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 102; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998.

Sull'adattamento di strutture civilistiche a fine di garanzia (id est il mandato irrevocabile all'incasso; la cessione del credito). cfr. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, pp. 72-86, in cui l'A. concede ampio spazio, a al «contratto di garanzia finanziaria» di cui al D.lgs. 21 maggio 2004 n. 170, definito come «il contratto di pegno o il contratto di cessione di credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni» (art. 1, lett. d)). Da un simile impianto definitorio si deduce che si tratta di una fattispecie contrattuale imperniata su meccanismi rotativi (art. 5) e fortemente orientata in senso funzionale: non è casuale, infatti, che tutti i contratti suscumbibili nel genus «contratto di garanzia finanziaria» si sottraggano all'applicazione del divieto di patto commissorio ex art. 2744 cod. civ. (art. 6).

Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in Fall., 1999, p. 268, con nota di L. PANZANI, *Pegno rotativo ed opponibilità della prelazione*; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in Foro it., 2000, I, 528; in Riv. not., 2000, p. 1468, con nota di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni)*; in Giust. civ., 2000, fasc. 5, I, p. 1461, con nota di A. M. CAROZZI, *Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo*; in Fall., 2000, p. 777, con nota di D. FINARDI, *Efficacia reale del pegno rotativo: posizione consolidata della giurisprudenza*; Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in Fall., 2004, 11, p. 1210, con nota di L. PANZANI, *Il pegno rotativo tra dottrina e giurisprudenza*; Cass., 5 marzo 2004, n. 4520. 73 In tal senso, v. G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit., pp. 127-149.

Nello specifico quanto attiene ai patrimoni destinati, l' A. sostiene che questi «potrebbero vedere ampliate le loro possibilità di utilizzo nel nostro ordinamento anche privilegiando una lettura degli stessi quale garanzia patrimoniale espressamente «dedicata» ai creditori dell'affare, ossia quali strumenti funzionalmente orientati a realizzare efficienti operazioni

In modo particolare viene in conto il meccanismo di surrogazione reale che informa alcune garanzie come quella del pegno rotativo e che costituiscono un principio applicativo nei patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art.2447biss ed operano in chiave comparatistica anche nella fiducie.

Si prenda ad esempio il meccanismo della fiducie-suretè, cui abbiamo accennato in precedenza, e su cui torneremo diffusamente nel capitolo IV, e in particolare, al congegno operativo della c.d. recharge.

Sempre in chiave comparatistica la surrogazione reale opera anche in tema di trust, per quanto attiene alle vicende fisiologiche del trust fund.

Da questo punto di vista è ravvisabile una contiguità strutturale con le garanzie «flottanti» proprie del diritto anglo-americano (cc.dd. floating charges).

Secondo parte della dottrina le garanzie rotative renderebbero recessive il sistema di garanzie reali garanzie una forma di garanzia non possessoria che permette il cambiamento ripetuto del suo oggetto senza che ad ogni mutamento dello stesso consegua la necessità di ripetere le formalità imposte per la sua costituzione ovvero il determinarsi della revocabilità della complessiva operazione economica, cui la garanzia inerisce .

In un contesto comparatistico si può rinvenire un addentellato nella *crystallisation ovvero quella forma di garanzia, che ha ad oggetto un fund of assets*.

di affermative asset partitioning (aap)”. Proprio sfruttando il meccanismo di surrogazione reale potrebbero essere impiegati qualora obiettivo primario della s.p.a. sia quello di realizzare una forma di garanzia flessibile. Infatti, consentire ai creditori particolari di soddisfarsi in via prioritaria sull’asset destinato vuol dire, in realtà, riservare alla loro garanzia un valore economico, modificabile nella sua composizione oggettiva nel corso della realizzazione dell’affare (dal punto di vista qualitativo e/o quantitativo): la massa destinata al rimborso di tali creditori, allora, non sarà limitata ai beni ricompresi in essa ab origine, ma si estenderà agli eventuali incrementi che dovessero realizzarsi nel corso della vita del patrimonio destinato.

Nello specifico:

- Si tratta di una garanzia presente e non futura,
- essa ha ad oggetto un fund of assets – di cui il debitore non viene materialmente spossessato –
- Il fund of assets è costituito da beni sostituibili nel corso del tempo dal garante, almeno fino al momento della c.d. crystallisation.
- Questa di norma si verifica alla cessazione dell'attività d'impresa del garante, ma può intervenire anche per cause previste convenzionalmente dalle parti.
- La «cristallizzazione», infatti, determina la trasformazione della garanzia da flottante a fissa, in virtù della specificazione dei beni (in possesso) del debitore che concretizzano ed attualizzano il contenuto della garanzia medesima, con conseguente sanzione d'inefficacia per tutti gli atti di disposizione dei beni compiuti successivamente alla stessa.

Questa garanzia ha ad oggetto beni non rigidamente predeterminati al momento della sua concessione (tranne che nel valore economico) ma fungibili tra loro. Il profilo di fungibilità riveste quel coefficiente di utilità marginale, che la rende spendibile sia per il soggetto garantito che per l'imprenditore garante:

- l'imprenditore debitore può conservare la detenzione dei beni che sostanziano la garanzia senza dover così arrestare o comunque compromettere l'attività produttiva;
- la permanenza della detenzione dei beni in capo all'imprenditore, fa sì che i creditori dello stesso non sopportino i costi di amministrazione e custodia dell'oggetto della loro garanzia
- Chi propende per un impiego estensivo dei patrimoni destinati rileva che i benefici di cui si discute nei punti precedenti possono essere conseguiti anche attraverso la creazione ad opera della società di un patrimonio destinato ad uno specifico affare.

L'ultimo aspetto che prendiamo in considerazione per illustrare le tendenze evolutive è rappresentato dalla finanza strutturata⁵³⁶.

⁵³⁶ Due sono le architravi di un'operazione di finanza strutturata:

a) la cessione del credito o dei futuri flussi di cassa,

b) concerne la segregazione patrimoniale di quanto diverrà oggetto di cessione.

Nello specifico, ai nostri fini si può osservare che:

a) L'istituto giuridico della cessione del credito precedentemente perseguiva la finalità di ottenere un *clearing* dei bilanci, mentre attualmente può consentire di reinmettere sul mercato finanziario, dopo essere state debitamente rischiodate, quota parte di preesistenti posizioni creditizie.

1. I crediti divenuti oggetto di cessione, nella gran parte dei casi applicando la normativa definita: *pro soluto* verranno poi posti a garanzia di una nuova emissione di titoli obbligazionari, definiti *asset-backed securities* o più sinteticamente A.B.S.
2. Questo processo di riconfigurazione delle posizioni "incagliate" o dei futuri flussi di cassa si realizza appunto attraverso la cessione ad una società "veicolo" appositamente costituita, lo *special purpose vehicle* o più sinteticamente un SPV che provvederà all'emissione dei succitati A.B.S.; la società veicolo gode di una particolare prerogativa espressamente connessa alla sua ragione giuridica, ovvero la facoltà di emettere obbligazioni, da collocare successivamente sul mercato dei capitali per valori non proporzionali al proprio capitale sociale.
3. La presenza di un capitale spesso di scarsa rilevanza nelle società veicolo viene così integrata dalla massa di crediti e/o flussi oggetto di una o più cessioni, proprio avvalendosi del secondo istituto giuridico sopra menzionato.

b) questi *asset* una volta inseriti nel bilancio della società veicolo andranno ad avvalersi dell'istituto della segregazione patrimoniale, un passaggio giuridico a tutela dei sottoscrittori degli A.B.S. che verranno emessi a fronte delle cessioni che la società veicolo avrà inteso voler acquisire.

La legislazione internazionale in materia si è sviluppata spesso in sintonia con le vigenti normative presenti sui mercati anglosassoni, in quanto proprio su quei mercati si svilupparono le prime grandi operazioni; in Italia la legge quadro che regola il settore, ovvero la Legge 130/99 venne promulgata appunto il 30 aprile del 1999.

In particolare: prima dell'entrata in vigore della normativa in questione gli operatori si trovavano di fronte a taluni vincoli particolarmente stringenti

1. le formalità della cessione del credito con la necessità di ottenere l'approvazione scritta da parte del debitore, con la conseguente notifica del trasferimento del credito ad un nuovo soggetto economico; condizione sostanziale per l'opponibilità ai terzi.
2. Un altro aspetto vincolante atteneva al trasferimento delle garanzie, maggiormente complesso quando trattavasi di garanzie ipotecarie.
3. Il margine applicativo dell'istituto della revocatoria.
4. Altresì sussistevano vincoli posti dall'art. 2410 del Codice Civile con la conseguente delibera del Comitato Interministeriale del 3 marzo 1994.

Ciò che rileva è proprio l'articolazione delle operazioni che possono essere ricondotte a due strutture base:

a) la cessione del credito o dei futuri flussi di cassa,

b) concerne la segregazione patrimoniale di quanto diverrà oggetto di cessione.

Si tratta in altre parole di un ampliamento del perimetro operativo della cessione del credito.

La cessione del credito precedentemente era orientata a finalità di *clearing* dei bilanci, mentre attualmente può consentire di reinmettere sul mercato finanziario, dopo essere state debitamente rischedulate, quota parte di preesistenti posizioni creditizie.

L'entrata in vigore della L.130/99 consentì una reale semplificazione delle procedure.,

La scansione delle fasi di un'operazione di finanza strutturata

1. L'Originator, ovvero il soggetto generante i flussi monetari e/o i crediti oggetto di cessione.
2. L'Advisor, sintetico termine per indicare il team o la società preposta a strutturare tutta l'operazione nella sua complessità.
3. L'S.P.V., la società veicolo, essenziale passaggio nodale fra la negoziazione di flussi e/o crediti e l'emissione di titoli A.B.S.
4. La società di rating, necessaria a classare il rischio e con questo a determinare il rendimento delle obbligazioni.
5. La società di servizi preposta alla riscossione dei crediti e/o flussi alle scadenze prefissate nel corso della strutturazione dell'operazione stessa.

5) LA NUOVA FUNZIONE DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO NEL SISTEMA DELLE ALIENAZIONI IN GARANZIA E IN PARTICOLARE NELLA VENDITA FIDUCIARIA;

Si pone il problema di verificare la compatibilità del portage con il divieto del patto commissorio⁵³⁷ e deve altresì essere indagato il rapporto con il principio della *par condicio creditorum*⁵³⁸

Le dottrine tradizionali sono state sottoposte a revisione⁵³⁹

⁵³⁷ L'art. 2744 c.c. in esame pone la nullità del patto in base al quale, in caso di mancato adempimento da parte del debitore, la proprietà di un suo bene dato in pegno o in ipoteca passa, passi in capo al creditore. La nullità colpisce anche il patto che fosse stipulato successivamente alla costituzione della garanzia reale.

Volendo individuare la ratio del divieto si è tradizionalmente indicato l'esigenza di proteggere il debitore, che costituirebbe la presunta parte debole del rapporto dalle indebite pressioni che questo possa subire ad opera del creditore e volte a ad utilizzare lo stato di temporanea illiquidità del primo per sottrargli la proprietà di beni mobili o immobili di valore superiore alla somma mutuata.

⁵³⁸ Secondo alcuni la norma sarebbe finalizzata a riservare in via esclusiva allo stato, l'esercizio della funzione esecutiva, essendo finalizzata a contrastare ogni ipotesi di autotutela del creditore.

⁵³⁹ Un' autorevole dottrina dopo aver sottoposto a revisione critica le motivazioni sopra esposte sulla base degli spazi di legittimità, che il nostro ordinamento riserva al c.d patto marciano, ritiene che la ratio della norma sia individuabile nell'esigenza di contrastare tutti quei meccanismi negoziali, che consentono il trasferimento della proprietà di un determinato bene al creditore, senza che operino meccanismi salvaguardia del debitore, che consentano a quest'ultimo la restituzione dell'eventuale differenza.

Secondo dottrina e giurisprudenza uniformi questo divieto risulta applicabile al c.d.patto commissorio autonomo. Questo si configura quando si dà luogo ad un trasferimento fiduciario della proprietà, a scopo di garanzia non connesso e accessorio, cioè alla costituzione di garanzie reali.

Da questo punto di vista la norma deve ritenersi come norma materiale, passibile di applicazione in via indiretta e per il tramite del filtro rappresentato dalla frode alla legge ex art. 1344 c.c.

In concreto la dottrina P.CARRIERE, *Le operazioni di portage*, cit. p.200ss. rileva che l'estensione del divieto dei patti autonomi che prevedano, sotto le forme più varie, alienazioni non a titolo di scambio, ma di garanzia è stato oggetto di una lunga e travagliata elaborazione dottrinale.

- Se la vendita si configuri condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore il divieto è stato ritenuto genericamente violato;
- Se la violazione risulti risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore, ovvero come vendita con patto di riscatto o come vendita fiduciaria con patto di retrovendita, efficace in caso di adempimento da parte del debitore, la giurisprudenza si è mostrata più incerta.

Passiamo ora ad esaminare la possibile contrarietà del portage al divieto in esame.

Accogliamo quella dottrina che chiarisce che in questo caso non facciamo riferimento al portage-suretè⁵⁴⁰ che abbiamo già detto definirsi esterna alla fattispecie genuina di portage. In questa fattispecie, infatti, appare difficilmente contestarsi la contrarietà con il divieto in oggetto.

Per quello che riguarda la dottrina d'Oltralpe, ma il discorso è facilmente contestualizzabile anche per la dottrina nostrana, importante è la posizione sostenuta da D.SCMHIDT⁵⁴¹ e WITZ⁵⁴² che hanno correttamente sottolineato l'esigenza di tenere distinto il portage in quanto tale dalle garanzie del credito, ovvero il c.d. portage –suretè.

In fatti in una prima fase: la giurisprudenza, contrariamente a parte della dottrina, tendeva a limitare l'applicazione della frode alla legge alle sole ipotesi di alienazioni sospensivamente condizionate, ritenendosi, al contrario, che nelle altre ipotesi l'effettuazione di una vendita reale ed effettiva producesse immediati effetti traslativi, tali da rendere inapplicabile il divieto di cui all'art. 2744. Queste situazioni venivano ricondotte allo schema considerato lecito del negozio fiduciario. (DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur.it.*, 1946, I, 2,311), ovvero equiparate alla fattispecie del riscatto convenzionale disciplinato dall'art. 1500 c.c. e pertanto da ritenersi lecite e meritevoli di tutela, indipendentemente dalla finalità in garanzia perseguita dalle parti.

In un secondo momento, anche la giurisprudenza, rivedendo la sua primitiva impostazione è arrivata ad affermare che, qualora venga provata la finalità perseguita dalle parti in termini di effettuazione di un mutuo assistito da garanzia e non di effettuazione di un effettivo scambio, a prescindere dallo schema negoziale utilizzato, si integreranno gli estremi di una situazione simulatoria, finalizzata ad eludere il divieto di patto commissorio, dal momento che le parti otterrebbero lo stesso effetto di una vendita condizionata sospensivamente all'inadempimento del debitore.

Sono successivamente intervenute le Sezioni Unite a confermare la svolta rispetto all'originario rigido orientamento, rendendo questa posizione ancora più rigida nell'omettere ogni riferimento alla simulazione e ritenendo che di per sé la sola precarietà dell'effetto traslativo deve ritenersi sintomatica della natura commissoria.

In particolare, a prescindere dallo schema negoziale utilizzato (vendita risolutivamente condizionata, vendita fiduciaria con patto di retrovendita, vendita con patto di riscatto) tutte le forme di alienazione in garanzia sarebbero illecite perché in frode al divieto del patto commissorio, per effetto del combinato disposto degli artt. 2744 c.c. e art.1344 c.c.

⁵⁴⁰ P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.200ss.

⁵⁴¹ SCHMIDT, *La convention de portage*, cit. nt.7 Cap.1

⁵⁴² WITZ, *La fiducie en droit*, cit.p.222

Il corretto apprezzamento della natura di servizio rivestita dal portage, e dal contenuto specifico di esso, consente di escludere dalla fattispecie tutte quelle situazioni in cui lo schema risulti utilizzato con finalità di mera garanzia del credito, in maniera accessoria ad altra relazione e quindi a beneficio del presunto Porteur.

Ciò sarebbe pertanto contrario alle tradizionali operazioni di portaggio dove l'operazione è concepita su impulso e nell'interesse dell'ordinante, dovendosi configurare propriamente come servizio reso dal porteur all'ordinante.

Secondo altra posizione nel caso del portage –suretè verrebbe a mancare quello che è un elemento qualificante dell'operazione.

Si osservi, infatti, che l'utilizzo dello schema di portaggio, con finalità di garanzia, nell'ambito di un'operazione di mutuo, prevede che l'ordinante-mutuatario ceda, al Porteur –mutuante, la proprietà i suoi titoli, a fronte di un prezzo che rappresenta innrealtà la somma mutuata⁵⁴³.

Quindi:

- ✓ L'impegno dell'ordinante di riacquistare i titoli alla scadenza ad un prezzo definito consistente nel prezzo iniziale, maggiorato degli interessi pro-rata temporis, costituisce l'impegno al rimborso del prestito.
- ✓ Il prestito resterà garantito contro il rischio di inadempimento dell'ordinante dalla proprietà dei titoli vestita in capo al porteur.
- ✓ Il trasferimento della proprietà dei titoli può accedere con funzione di vera e propria garanzia, ad un rapporto debitorio indipendente sotto un profilo soggettivo e/o oggettivo.
- ✓ Un altro schema in cui il portage viene utilizzato in funzione di garanzia, nell'ambito di un'operazione di natura finanziaria è quello in cui il Porteur proceda all'acquisto delle azioni da un terzo, nell'interesse dell'ordinante, anticipando le somme a ciò necessarie e

⁵⁴³ P. CARRIERE, *Le operazioni*, cit. ibidem.

mantenendo, quindi la proprietà delle azioni, a garanzia del rimborso da parte dell'ordinante, di quanto anticipato dal Porter stesso. Ciò dovrà avvenire, per il tramite dell'acquisto delle azioni, medesime da parte dell'ordinante, alla scadenza dell'operazione, a fronte di un corrispettivo, che coincida con il capitale del Porteur, maggiorato degli interessi convenuti.

Quindi da un punto di vista civilistico, tanto nel diritto francese, che in quello nostrano vi sono delle evidenti criticità, qualora si voglia adottare il sistema del portage suretè, alla luce del preteso divieto del patto commissorio.⁵⁴⁴

Ci si deve allora chiedere se possono essere compromesse, alla luce della ricostruzione sopra proposta, quelle operazioni tradizionalmente riferibili al *merchant banking* consistenti in :

- 1) *Sottoscrizione di capitale di rischio delle imprese da parte di operatori bancari o finanziari, con finalità di mero sostegno finanziario, nella forma dei c.d. prestiti partecipativi.*
- 2) *Si tratterà di un socio imprenditore che richiederà l'intervento di capitale nella sua società ad un socio finanziatore, con lo scopo di far ottenere, per tale via alla società la disponibilità di risorse finanziarie a fronte di una maggior capitalizzazione.*⁵⁴⁵

Solo un'accurata analisi della ratio, sottesa al divieto in parola, può consentire che, nella generalità dei casi, si dubiti che tali operazioni possano ritenersi contrarie al divieto.

Si osserva sin da ora che:

- IL socio finanziatore interviene, secondo uno schema tipico e lecito di finanziamento all'impresa, anzi secondo lo schema

⁵⁴⁴ P.CARRIERE *Le operazioni di portage*, cit. p.204ss

⁵⁴⁵ Secondo la dottrina in commento P.CARRIERE *Le operazioni di portage*, cit. p.204ss e 204 nt. Tale soluzione può essere considerata preferibile rispetto alle fonti di indebitamento tradizionali.

primario disegnato dall'ordinamento, a sottoscrivere azioni nell'ambito di un aumento di capitale;

- Ovvero a sottoscrivere strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346 c.c. o 2447 ter, lett. E) c.c., sottoscrizione che, benché esclusivamente finalizzata a dotare la società di risorse finanziarie, rappresenta a tutti gli effetti capitale di rischio e non di debito;
- Le azioni che il socio- finanziatore riceve possono assai difficilmente essere considerate, alla stregua di una garanzia, ai fini che qui più ci riguardano del divieto di patto commissorio. Secondo la dottrina⁵⁴⁶, in relazione all'effettuazione di tali prestiti partecipativi, non è ricostruibile una alienazione con funzione di garanzia, di un rapporto debitorio. Situazione questa che ha costituito il terreno più fertile per una controversa applicazione dell'art.2744 c.c.

Se si passa ad analizzare la struttura tipica di un portage a fini di gestione (quindi anche diverso dal portage suretè o dal portage finanziamento partecipativo di cui abbiamo or ora detto), questo potrebbe essere costituito come un rapporto di mutuo, assistito dalla garanzia consistente nella proprietà delle azioni trasferite dall'ordinante-debitore al porteur-creditore.

Sotto questo aspetto meramente fenomenologico, è possibile osservare sempre un duplice e bidirezionale scambio di azioni contro una somma di denaro tra ordinante e porteur, all'inizio e alla fine dell'operazione; di conseguenza da un punto di vista patrimoniale, sia l'ordinante che il porteur i ritroveranno alla fine, nella posizione iniziale, ad eccezione della remunerazione che il primo avrà dovuto corrispondere al secondo per il servizio prestato.

Da questo punto di vista, allora l'effetto complessivo dell'operazione potrebbe rivelarsi allora del tutto equivalente all'ipotesi di un mutuo

⁵⁴⁶ P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit.p.244s.

pecuniario concesso dal porteur all'ordinante,⁵⁴⁷ a un interesse corrispettivo⁵⁴⁸ garantito, da un pegno sul pacchetto di azioni detenuto dall'ordinante⁵⁴⁹

Come abbiamo già avuto modo di precisare per quanto riguarda il portage francese è dirimente il regime di neutralità del Porteur rispetto alla società.

La “fisiognomica” del Portage prevede la neutralità del porteur, rispetto all'andamento della società e quindi rispetto al valore delle azioni portate.

Da questo punto di vista, la dottrina francese ,con particolare riguardo per il portage a due, ove cioè l'acquisto iniziale avvenga tra il Porteur e lo stesso ordinante, al quale le azioni dovranno esser ritrasferite alla fine dell'operazione, che sarebbe sempre qualificabile come portage suretè, a differenza del portage a tre, ove l'acquisto iniziale ad opera del Porteur avviene da un terzo, qualificato come portage acquisition.

Secondo un' autorevole dottrina francese condivisa anche dalla dottrina italiana⁵⁵⁰ questa equiparazione (tra portage gestione e portage suretè), definita insana, sarebbe ascrivibile all'originario vizio che può osservarsi nella maggioranza dei casi, di ricorrere al contratto di compravendita, inteso come doppia compravendita assistita dall'opzione putn& call per articolare negozialmente i trasferimenti azionari, che caratterizzano l'operazione di portage. Se si facesse ricorso alternativamente ad una struttura fiduciaria il problema non si porrebbe.

Non deve essere sottaciuta la remunerazione del portage. Il porteur è normalmente remunerato per il servizio reso, su base pro rata temporis a

⁵⁴⁷ Nella fattispecie la somma mutuata equivarrebbe al prezzo corrisposto dal porteur all'ordinante stesso per l'acquisto iniziale delle azioni, ovvero nel caso di acquisto effettuato dal terzo su mandato dell'ordinante alla provvista anticipata dal Porteur mandatario per far fronte a tale acquisto.

⁵⁴⁸ Che nella fattispecie equivarrebbe alla remunerazione per il servizio reso, calcolata normalmente pro rata temporis e corrisposta dall'ordinante al porteur, per la proprietà di quel pacchetto azionario, trasferito in capo al porteur e destinato a ritornare all'ordinante

⁵⁴⁹ P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit.p.243

⁵⁵⁰ P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit.p.243.

prescindere dalla similitudine con quella che è la modalità tecnica di computo degli interessi nel mutuo. La spiegazione può rinvenirsi nella natura del servizio di portage, che si caratterizza per essere offerto, su base temporale, di conseguenza è normale che la sua remunerazione sia parametrata a tale elemento.⁵⁵¹

Sulla base pertanto della ricca elaborazione in tema di frode alla legge e, in particolare, in relazione alle c.d. alienazioni in garanzia si può secondo la dottrina⁵⁵² giungere alla seguente conclusione:

La violazione del divieto del patto commissorio nel caso di portage può essere ricostruibile fondatamente solo laddove risulti, sulla base di chiari

⁵⁵¹ Una simile considerazione può farsi con riguardo al profilo della neutralità patrimoniale del porteur rispetto al valore delle azioni. Questo elemento costituisce un'ovvia conseguenza della ricostruzione del portage in termini di contratto di servizio. Nel prestare il servizio il Porteur non può accertare di correre alcun rischio di ordine patrimoniale, dovendo essere comunque manlevato dall'ordinante.

Si deve notare altresì questa neutralità è ottenuta in via meramente obbligatoria con i seguenti espedienti:

- *Con il meccanismo della doppia compravendita*
- *Mediante appositi impegni negoziali di manleva contenuti nella convenzione stipulata con l'ordinante.*
- *il porteur assumerà su di sé il rischio dell'inadempimento dell'ordinante a quegli impegni di riacquisto e di manleva, rimanendo in tal caso esposto al rischio di essere imputato di responsabilità verso la società, i soci e i terzi dalla sua posizione di azionista.*
- *In questo senso la neutralità appare limitata rispetto a quella perfetta che si apprezza in caso di mutuo.*

Quindi il contenuto di intrinseca garanzia che si suole attribuire con il trasferimento temporaneo della proprietà delle azioni in capo al Porteur appare forzato.

Infatti:

a) tale trasferimento di proprietà costituisce l'elemento centrale e costitutivo del servizio di portage;

b) Il contenuto specifico e qualificante di ogni convenzione di portage consisterà, nella sua misura minimale, nell'acquisizione e detenzione temporanea delle azioni nell'interesse dell'ordinante, per le motivazioni più varie, associandosi talvolta alcune prestazioni di natura consulenziale, finanziaria, fiduciaria, imprenditoriale, intellettuale, reputazionale giuridica.

c) Tali prestazioni risultano il più delle volte svolte da un soggetto professionale, assolvendo al contempo molteplici funzioni, di modo che in qualsiasi forma si presenti l'operazione, non può essere ridotta ad uno schema di mutuo garantito.

⁵⁵² P.CARRIERE, *Le operazioni*, cit. p.243-4

indici sintomatici, la reale ed effettiva finalità perseguita dalle parti, configurabile in quella di dar luogo ad una operazione mascherata di mutuo garantito dalle azioni, il c.d. portage -suretè., non risultando l'operazione altrimenti giustificabile da alcun altro interesse, tra i molteplici sopra enunciati, come accessivi alla struttura base.

Gli indici sintomatici possono essere così identificabili:

- 1) Mantenimento in capo all'ordinante della disponibilità di azioni in termini eccedenti la natura dell'operazione;
- 2) La preesistenza di un rapporto debitorio tra le parti
- 3) La configurazione esplicita della remunerazione in termini di interesse
- 4) La precarietà e instabilità del trasferimento.

Si tenga, altresì, presente che, per evitare una riqualificazione fuorviante del portage, talora le convenzioni di portage che prevedono l'acquisto iniziale delle azioni tra ordinante e Porteur, a fronte di un corrispettivo, da questo versato al primo, tendono a prevedere che tale importo sia sottratto, durante la durata dell'operazione alla libera disponibilità delle parti, dovendo rimanere depositato in maniera vincolata, in escrow, a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione di riacquisto, per effetto dell'esercizio dell'opzione put.

In tal senso, dal momento che l'ordinante non acquisisce mai la disponibilità finanziaria rappresentata dal prezzo, non si può operare alcun tipo di assimilazione, anche su di un piano meramente fattuale, con la fattispecie di mutuo.

Per evitare che una medesima ricostruzione possa operare, anche nella contigua fattispecie, secondo cui il Porteur proceda all'acquisto iniziale delle azioni, da terzi anticipando egli i fondi necessari, nell'ambito della convenzione di portage, si potrà disciplinare, in maniera esplicita l'elemento di remunerazione della provvista anticipata dal Porteur, sotto forma di interesse, dell'elemento di remunerazione del servizio vero e proprio di

portage, reso all'ordinante dal Porteur relativamente e/o successivamente all'acquisto effettuato.

Deve inoltre considerarsi che, alla luce della nuova normativa, debba aversi per superata una tradizionale problematica del divieto di patto commissorio, alla luce dei recenti sviluppi in tema di garanzie finanziarie.

Si veda in proposito l'art.1 del D.lgs.170/2004 che evidenzia un amplissimo e generalizzato ambito di applicazione oggettivo della normativa ,esprimendosi in termini di contratti di garanzia finanziaria.⁵⁵³

Alla luce quindi della nuova normativa si deve ritenere che:

qualsiasi garanzia stipulata tra parti soggettivamente qualificate, avente ad oggetto denaro e strumenti finanziari e quindi anche azioni di s.p.a. a garanzia di obbligazioni pecuniarie e di qualsiasi natura, nonché di obbligazioni di consegna di strumenti finanziari, deve oggi ritenersi disciplinata dalle disposizioni del citato D.lgs 170\2004.

Per molti versi la disciplina di recepimento della direttiva è in diretta antitesi ai consolidati principi nostrani di formalismo e tipicità in tema di garanzie reali, introducendo spazi di elasticità e dinamismo sulla base degli ordinamenti anglosassoni.

Dobbiamo ora considerare gli aspetti di superamento del patto commissorio.

Se si pensa alla struttura del portage e alle problematiche di compatibilità di tale divieto può ritenersi che ricorrerebbero tutti gli elementi oggettivi e

⁵⁵³ Ai sensi dell'art. 1.1.cit sono individuati con un neologismo normativo traduzione del termine inglese *financial collateral arrangement*:

Il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorché le parti contraenti rientrino in una delle seguenti categorie;

Il termine obbligazioni finanziarie viene definito all'art.1.1, come le obbligazioni anche condizionali, al pagamento di una somma di denaro ovvero alla consegna di strumenti finanziari, anche qualora il debitore sia persona diversa dal datore della garanzia.

Con il termine attività finanziarie deve intendersi il contante e gli strumenti finanziari.

spesso soggetti capaci di far rientrare una situazione nell'ambito della disciplina in esame, escludendosi in radice qualsiasi forma di problematicità.

L'attuale sistema sfuma qualsiasi distinzione tra efficacia e opponibilità della garanzia e ai fini dell'efficacia pare perdere rilevanza il requisito della data certa.

Cade il tabù del patto commissorio, che sino ad ora rimaneva ancorato al precetto di cui all'art. 2744 c.c.

Viene definitivamente ammessa la cessione con funzione di garanzia e il patto marciano.

Risulta incrinato il requisito dello spossessamento. viene conferita massima versatilità al creditore pignoratizio e al costituente nella possibilità di utilizzarlo

6) LA NASCITA DELLA PROPRIETÀ FIDUCIARIA IN ITALIA

La nascita della proprietà fiduciaria, sebbene costituisca un *ius receptum* per gran parte della dottrina, non costituisce ancora una categoria dogmatica di diritto positivo.

Al riguardo, possono evidenziarsi più aspetti, alla luce dei quali il fenomeno può essere indagato.

- 1) Il procedimento di introduzione nell'ordinamento.
- 2) L'individuazione del contenuto.
- 3) Il rapporto con la fiducia come coefficiente di catalizzazione.

1-quanto alle fonti della proprietà fiduciaria, possiamo con una certa dose di semplificazione individuare due orientamenti: uno che per comodità definiremo ricognitivo e l'altro che con la medesima finalità chiameremo progressista.

Secondo il primo orientamento, attese le ipotesi di fiducia positivizzata presenti nel nostro ordinamento, a prescindere dal nomen iuris impiegato, viene ritenuta immanente al sistema la possibilità di concepire una proprietà con tratti qualificanti diversi rispetto a quelli dominicali classici.

Il riferimento corre alle ipotesi di fiducia legale, concepite a livello codicistico, e che sono tendenzialmente riconducibili al mandato senza rappresentanza e al contratto estimatorio (considerando infatti la fiducia testamentaria come un'ipotesi limite, incastonabile prima che nella fiducia, nei casi di adempimento spontaneo, che pertanto comportano il ricorrere delle ipotesi di obbligazioni naturali).

Queste ipotesi combinate con la ritenuta ammissibilità di forme di separazione patrimoniale, sub specie di destinazione patrimoniale e segregazione, avrebbero pertanto reso immanente una "forma" di proprietà detta appunto fiduciaria, qualitativamente *alter* rispetto al contenuto dominicale classico.

Non si ritiene, in questa sede, che possa parlarsi di un minus, proprio per effetto del carattere di temporaneità, bensì di *alter*, in quanto la coloritura qualitativa è espressione non semplicemente di un diritto reale, ma di un diritto reale fiduciario.

Vedremo poi nel prosieguo cosa si intende per diritto reale fiduciario, nell'accezione che in questa sede ci permettiamo di proporre.

2)per altro orientamento, l'introduzione dei vincoli di destinazione di natura reale e in modo particolare del vincolo ex art. 2645-ter avrebbe avuto un efficacia dirrompente del sistema dei diritti reali, positivizzando espressamente un nuovo tipo di proprietà temporanea, sub specie di proprietà fiduciaria.

Le conseguenze di questa impostazione sarebbero duplici:

A- Non si parlerebbe più di semplice ancoraggio di diritto positivo, richiamandosi indirettamente alla

separazione patrimoniale, per giustificare l'esistenza di una proprietà temporanea.

- B- Si individuerebbe come criterio informatore di questa nuova categoria di diritto positivo, accanto alla temporaneità, la funzionalizzazione all'interesse altrui.
- C- Chi segue questa ricostruzione, si spinge pertanto a ritenere che nel nostro ordinamento, allo stato degli atti anche il trust possa essere considerato una categoria di diritto positivo, atteso che il substrato normativo sarebbe individuabile, nella possibilità di articolare il patrimonio con diverse gradazioni di impermeabilità, in ordine alla responsabilità patrimoniale, proprio come il trust fund (che viene individuato quale coefficiente di caratterizzazione dell'istituzione del trust).

A nostro avviso, la costruzione progressista per quanto suggestiva presta il fianco a due ordini di obiezioni:

-non si può parlare di una exaequatio assiomatica tra temporaneità del diritto reale e interesse altrui. E' vero che, fenomenicamente, la temporaneità dell'attribuzione patrimoniale si combina con la conformazione di questa ad assolvere un interesse diverso del costituente. Tuttavia è però vero che il costituente può anche realizzare un interesse proprio, compatibile con il titolare della proprietà temporanea, che nel realizzare l'interesse altrui persegue finalità ulteriori, tali che possono se esasperate, a livello esponenziale integrare una patologia del rapporto (come nel caso della c.d. potestà d'abuso). Si pensi al caso del mandatario che frapponga ostacoli al ritrasferimento del bene al mandante, o al Porteur che non esegua il ritrasferimento dei titoli all'ordinante.

Pertanto, a nostro avviso è necessario connotare con maggior precisione questo tipo di proprietà non semplicemente, come nell'interesse altrui. In

altre parole, il carattere temporaneo, proprio perché integra un alter qualitativo, assume una piena cloritura ,solo se viene definita fiduciara.

Sotto questa prospettiva proprietà fiduciaria ha un carattere più comprensivo, rispetto a proprietà nell'interesse altrui. Questo carattere viene ricompreso nel primo.

Parlando di proprietà fiduciaria, si individua un perimetro in cui esiste un programma, che è causa di questa attribuzione patrimoniale. Non bisogna pertanto dimenticare che, a prescindere dalle definizioni tassonomiche, riconducibili alla fiducia romanistica o germanistica, quando si parla di proprietà temporanee, nell'interesse altrui, implicitamente si evoca un modello attributivo.

Ne deriva pertanto la necessità di un controllo causale sull'attribuzione, che può essere giustificato, solo per il tramite di un accordo, a monte e di un programma, che trasfuso in una conventio, realizzi gli interessi sottesi.

Richiamando poi il concetto di fiducia tecnica, di cui alla parte generale, non si può sottacere che, solo in questo caso, viene integrata una vera e propria *expressio causae*.

-in secondo luogo, allo stato degli atti, non pare che l'introduzione dell'articolazione patrimoniale possa di per se trasformare l'Italia da paese no trust, in paese trust, sul mpdello amglosassone.

In primo luogo, infatti, la possibilità di creare dei trust interni è frutto, non tanto di una norma di diritto positivo, ma di un generalizzato procedimento ermeneutico, non sempre riconosciuto.

Infatti la dottrina parla di trust interno, trust amorfo o trust ex Convenzione e trust internazionale, proprio nel tentativo di esercitare una funzione adeguatrice rispetto ai parametri normativi vigenti. Funzione che richiede necessariamente una saldatura o quantomeno un contributo adesivo, da parte della giurisprudenza. In questo modo, viene integrato un procedimento, che invece, non sarebbe necessario attivare, qualora l'Italia fosse un paese trust.

In secondo luogo, è riduttivo considerare la separazione patrimoniale l'unica chiave di lettura del trust, in quanto questa, proprio a livello etimologico è servente rispetto al programma fiduciario, consegnato dal disponente al trustee. Impieghiamo in questo caso il termine consegna, in senso letterale, perchè il programma fiduciario, richiede un'attribuzione di beni, consegnati, su cui la separazione patrimoniale opera una protezione funzionalizzata al raggiungimento dello scopo e all'attuazione del programma.

Proprio perché la giustificazione causale riveste un ruolo dirimente è necessario procedere, anche se in via cursoria allo scrutinio delle tesi che si propongono di fornire una spiegazione a questa forma di proprietà.

§1 La tesi della proprietà derogata o modificata⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ In definitiva, secondo PETRELLI, *ult. Op.cit.* passim la proprietà fiduciaria è una «proprietà modificata» o «derogata», che pur rientrando nel paradigma di cui all'art. 832 c.c. si differenzia non poco dalla proprietà tradizionale, concepita come diritto «pieno ed esclusivo». Tra le principali deroghe possono annoverarsi la limitazione «reale» dei poteri di godimento e di disposizione del proprietario fiduciario (di cui si è già detto e si dirà ulteriormente nel prossimo paragrafo); l'esclusione dei beni destinati dal regime di comunione legale coniugale; la possibile privazione della titolarità dei beni, conseguente alla cessazione dall'ufficio (in particolare, in caso di revoca) del proprietario fiduciario. Altre peculiarità ancora possono comunque individuarsi. La strumentalità dell'attribuzione dominicale può ritenersi incompatibile con la disciplina delle prelazioni legali, di cui va affermata l'inapplicabilità quantomeno nei passaggi di titolarità esclusivamente finalizzati alla destinazione (quali sono quelli che conseguono alla trasmissione delle funzioni da un fiduciario ad un altro) richiamando quindi In tal senso, v. nella dottrina francese B. MALLETRICOUT, *Fiducie et propriété*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, cit., p. 316 e ss. Una delle conseguenze della funzionalizzazione viene ravvisata nel fatto che un uso diverso da quello consentito possa integrare - trattandosi di beni mobili - il reato di appropriazione indebita Cass. pen., 23 settembre 2014, n. 50672, in *Trusts*, 2015, p. 269 («Integra il reato di appropriazione indebita la condotta del trustee che destina i beni conferiti in trust a finalità proprie o comunque diverse da quelle per realizzare le quali il negozio fiduciario è stato istituito, in quanto l'intestazione formale del diritto di proprietà al trustee ha solo la valenza di una proprietà temporale, che non consente di disporre dei beni in misura piena ed esclusiva»). Nel medesimo senso, con riferimento alla proprietà risolubile, cfr. in dottrina A.C. PELOSI, *op. cit.*, p. 232 ss. («l'applicabilità dell'art. 646 c.p.

Chi considera la proprietà fiduciaria non come un alter o un minus rispetto alla proprietà tradizionale concepisce questo diritto come conformato o modificato.

Si tratterebbe di un diritto che partecipa della *substantia rerum* del diritto di proprietà, così come concepito dall'art. 832 c.

Ne differirebbe per il carattere strumentale, che si manifesterebbe essenzialmente nella temporaneità.

In altri termini, la riduzione temporale costituirebbe il nucleo del minus di questo diritto, che però comporterebbe delle ricadute, in punto di disciplina senza addivenire ad una alterazione della struttura dominicale base.

Ad esempio, sempre secondo questa ricostruzione, non sarebbe applicabile la disciplina delle prelazioni legali, in quanto intesa ex se a realizzare un interesse non istantaneo, ma duraturo del conducente e del prelatario, con la produzione di effetti erga omnes.

A sostegno di questa tesi si invoca anche il profilo di tutela penale di cui risulta essere suscettiva, attesa l'indisponibilità ad effetti reali del titolare, al di fuori dei limiti della convenzione di disciplina. In caso contrario, si integrerebbe il delitto di appropriazione indebita.

potrebbe giustificarsi sotto il profilo di una sanzione penalistica dell'obbligo di comportarsi in buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (art. 1358 c.c.).

Ed ancora, la peculiare conformazione della proprietà destinata non consente al fiduciario di usucapire il pieno dominio, se non previa *interversione del possesso*. Per non parlare dell'impossibilità di configurare una titolarità fiduciaria di alcuni *diritti* per loro natura *strettamente personali*, quali l'*uso* e l'*abitazione*. he costituisce l'essenza del delitto di cui all'art. 646 c.p.». Sulla interversione del possesso in generale, cfr. V.CANALE, *Possesso (interversione del)*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento, XVIII*, Roma, 2009; I.PERROTTA, «Usufrutto *uxorio* e acquisto della proprietà a titolo originario: la necessità dell'*interversione possessionis* (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Giur. it.*, 2012, p. 817; D. TESSERA, «*Interversione del possesso dell'usufruttuario* (nota a Cass., 10 gennaio 2011 n. 355)», in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 476.

§2La riconducibilità del contenuto della proprietà fiduciaria nei paradigmi esplicativi tradizionali⁵⁵⁵

⁵⁵⁵Secondo PETRELLI *ult.op.cit.*p.90-91 “La proprietà fiduciaria è, pertanto qualificabile anche come *proprietà temporanea o risolubile*, in quanto destinata a venir meno con la realizzazione del fine di destinazione; ovvero, anche anteriormente, per effetto della violazione da parte del fiduciario degli obblighi sullo stesso gravanti (in quanto l’atto di destinazione preveda la possibilità di revocarlo); o ancora per effetto della rinuncia del fiduciario all’ufficio attribuitogli ed eventualmente del di lui decesso, se previsto dall’atto di destinazione quale causa di cessazione della stessa. In ogni caso, alla cessazione dell’ufficio dal fiduciario deve far seguito il *trasferimento* ad altri (nuovo fiduciario, o beneficiario) *della posizione dominicale* spettantegli, a lui attribuita solo in via strumentale. L’atto di destinazione può, opportunamente, disciplinare in dettaglio i presupposti e le modalità di cessazione del fiduciario dall’ufficio conferitogli, per revoca o rinuncia, attribuendo eventualmente al disponente o ad altro soggetto il *potere* di revoca: in questa ipotesi, la cessazione e la conseguente sostituzione non operano automaticamente, ma presuppongono un *atto* che produca l’effetto in questione. È anche ipotizzabile, come già accennato, anche una revoca giudiziale del fiduciario, in caso di mancata previsione da parte dell’atto di destinazione, o di inerzia del titolare del potere di revoca. L’atto di destinazione potrebbe, in alternativa, prevedere la *cessazione automatica* dall’ufficio del fiduciario resosi inadempiente, senza ricollegare a tale cessazione il venir meno della destinazione, e prevedendo eventualmente anche la *sostituzione automatica* con altro fiduciario”.

L’A. pertanto prende in considerazione come elemento discrezionale della proprietà fiduciaria, la strumentalità legata ad un coefficiente temporale.

Pare pertanto tralasciare o comunque considerare quale fattore recessivo il carattere fiduciario della fattispecie.

Secondo infatti la ricostruzione che abbiamo seguito, elaborando in linea comparatistica i coefficienti referenziali della fiducie francese, non può sottacersi che:

- ❖ Il prius logico-ontologico del contratto fiduciario è rappresentato dal concetto di investitura reale del fiduciario;
- ❖ Il grado di stabilità del rapporto che viene ad instaurarsi denota ex se che si tratta di una situazione sui generis, in cui la temporaneità è asservita ad altre finalità;
- ❖ La temporaneità è quindi a nostro avviso riconnessa ex professo alla stabilità della situazione reale che campeggia in capo al fiduciario.
- ❖ Di conseguenza è problematica come lo è per il diritto della Fiducie in Francia la sostituzione del fiduciario (la surrogazione del fiduciario porta inevitabilmente ad una patologia del rapporto ed è ben diversa dalla sostituzione del trustee nel trust per beneficiari; a nostro avviso la surrogazione può comportare uno scardinamento ab imis del progetto negoziale).

Sulle funzioni ed i limiti dell’unificazione nel patrimonio separato dei singoli beni destinati, e delle relative situazioni giuridiche, cfr. F. GUERRERA, «Contratto d’investimento e rapporto di gestione (riflessioni sulla proprietà delegata)», in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 735 e ss. Per l’ammissibilità della surrogazione reale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, cfr. tra gli altri A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile*

A complemento della ricostruzione precedente si deve, altresì, precisare che la proprietà fiduciaria può essere inquadrata nella categorie delle proprietà condizionate o risolubili.

nella teoria del negozio condizionato, Milano, 1975, p. 457 e ss.; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1507 e ss.; C. TOMASSETTI, «La surrogazione reale», in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 821 e ss. Sulla surrogazione reale come strumento di conservazione dell'integrità del patrimonio separato, cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione* oltretutto obbligatorio in capo al titolare del corrispondente ufficio di diritto privato (arg. ex art. 694 c.c., ed art. 748, comma 2, c.p.c.). Ferma comunque la possibilità, e l'opportunità, di una previsione negoziale di *rotatività* della destinazione.

Sulla surrogazione nel trust e sui meccanismi di integrazione del trust fund D. MURITANO, «Il c.d. *trust* interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.», in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in questa rivista, 2007, 1, p. 25; S. BARTOLI, *Considerazioni generali*, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, cit., p. 61). Secondo PETRELLI, *ult op.cit.* passim, l'operatività della surrogazione reale nei confronti dei terzi richiede l'espletamento -delle formalità pubblicitarie prescritte con riferimento ai nuovi beni destinati; ma lo stesso vale in relazione al *trust*, applicandosi al riguardo le disposizioni della *lex rei site* (art. 11, § 3, lett. d), ultimo periodo, della Convenzione dell'Aja). Per l'individuazione della legge regolatrice della pubblicità legale e dell'opponibilità ai terzi, cfr. G. PETRELLI, *Pubblicità legale, apparenza e affidamento nel diritto internazionale privato*, in *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale - 1. Diritto internazionale privato*, Torino 2011, p. 251 e ss. (spec. p. 385 e ss., per quanto concerne il *trust*). S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di surrogabilità dei beni», in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit., p. 192 e ss. Sul patto di rotatività - in generale e con specifico riferimento al pegno - cfr. da ultimi S. BIANCHI, «Pegno regolare e irregolare di titoli, patti di rotatività e garanzie finanziarie (nota a Cass., 31 gennaio 2014, n. 2120, e Cass., 14 febbraio 2014, n. 3555)», in *Corr. giur.*, 2014, p. 1501; M.M. D'AGUI, «Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta (nota a Cass., 1 ottobre 2012, n. 16666)», in *Contratti*, 2013, p. 1003; E. GABRIELLI, «"Forma" e «reatà» nel diritto italiano delle garanzie reali», in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 449; C. ABATANGELO, «La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità (nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526)», in *Resp. civ.*, 2011, p. 661; A.M. AZZARO, «Pegno rotativo su titoli dematerializzati, spossessamento e revocatoria fallimentare nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza (nota a Cass., 27 ottobre 2006, n. 23268)», in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2008, II, p. 310; N. DE LUCA, «*Res quae tangi non possunt* (a proposito di dematerializzazione, pegno e individuazione del «bene»)», *ibidem*, p. 316; S. GISOLFI, «Il punto sull'ammissibilità del "patto di rotatività" nel pegno», in *Riv. not.*, 2006, p. 855; G. B. BARILLÀ, «Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 18 e 111.

La cessazione della proprietà sarebbe ricondotta o alla realizzazione del fine di destinazione; o alla violazione da parte del fiduciario degli obblighi su di lui gravanti in esecuzione del programma negoziale.

Sono prevedibili anche delle fasi fisiologiche della vita di questo modello proprietario, determinate dal venir meno della figura soggettiva del fiduciario, per morte o per sopravvenuta incapacità ovvero per rinuncia.

In questo caso, deve essere previsto il trasferimento della posizione dominicale per permettere l'esecuzione del programma. Ci si riferisce quindi ai casi di revoca del fiduciario, sostituzione dello stesso o anche di cessazione dell'intera posizione, con conseguente estinzione del programma.

Come si accennava supra, non si tratterebbe di una teoria ricostruttiva differente, quanto di un tentativo di connotare la c.d. proprietà conformata.

La proprietà risolubile, infatti, enfatizza il carattere strumentale e accessivo all'interesse che deve essere realizzato.

Quello che però emerge in modo particolare è che la centralità del fiduciario non può in alcun modo essere ridotta ad una strumentalità operativa.

Sebbene questa costruzione ponga un'inevitabile contiguità dogmatica con il diritto dei trust (e quindi con la dialettica disponente/ trustee, con la sparizione del disponente e la materializzazione del trust per beneficiari; producendosi pertanto un effetto di sostituzione: alla dialettica disponente – trustee, in fase di confezione dell'atto, si sostituisce la dialettica trustee-beneficiari), non è tuttavia a nostro avviso possibile estendere eccessivamente i margini dell'exaequo.

Il diritto dei trust, a prescindere dalla legge regolatrice, vanta un *ius commune*, rappresentato dal diritto inglese, che consente virtualmente la soluzione di tutta la casistica tipologica di situazioni, che possono verificarsi nella vita del trust. La centralità del trustee è una centralità

istituzionalizzata, e bilanciata, prima che dall'eventuale esercizio di poteri di controllo, dall'imperativo interesse dei beneficiari.

Nel contesto invece di un'operazione fiduciaria, la proprietà fiduciaria è un *instrumentum* nelle mani del fiduciario, la cui fonte di obbligazioni è rinvenibile, quasi esclusivamente, nella convenzione a monte, ovvero nel *pactum fiduciae*.

Sebbene a nostro avviso la causa *fiduciae* abbia una autonomia strutturale ed una rilevanza esterna, questa si traduce nel costituire il precetto e la sanzione del fiduciario, non marginalizzandolo, nè determinandone la priorità sul piano esecutivo. È come dire, in altre parole, tutto o quasi è nelle mani del fiduciario, e nella sua volontà/idoneità a portare a compimento il programma. Da qui, la necessità che la convenzione ,a monte, disciplini oltre che le obbligazioni del fiduciario ,medesimo anche le sorti della proprietà dei beni destinati allo scopo. L'autonomia operativa del fiduciario resta però sempre maggiore, rispetto a quella del trustee, in quanto le attività eversive rispetto al programma originario, che si concretizzano in quello che la dottrina definisce la c.d. potestà di abuso, possono essere contenute o vanificate solo sul piano obbligatorio.

Il breach of trust comporta invece conseguenze ben più pregnanti sulla vita del trust e sulle sorti del trustee, in tema di responsabilità.

Non è questo il luogo per indagarle né è nostra intenzione. Si tenga sempre però presente il potere di ingresso dei beneficiari sulla scena del trust, a cominciare dall'operatività della rule *Sanders v. Vautieur*.

§3La regole di default della proprietà fiduciaria⁵⁵⁶

Tutto ciò che non costituisce oggetto di una disciplina specifica rientrerebbe nelle regole generali del diritto di proprietà.

Ci si riferisce alle azioni a difesa della proprietà e del possesso e tutte quelle prerogative del diritto reale riconnesse alla c.d. elasticità del dominio.

§4La proprietà fiduciaria e il trust fund⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Espressione di PETRELLI. Secondo PETRELLI, *ult op.cit* “Per quanto non contenuto nella disciplina speciale, invece, si applicano le normali regole proprietarie. Pertanto, trovano applicazione la disciplina generale sulle azioni a difesa della proprietà e del possesso, come pure le norme ed i principi che, sulla base dell’elasticità del dominio, determinano riespansione del relativo contenuto a seguito della consolidazione o confusione di diritti reali limitati, o comportano l’acquisto *per accessione* delle costruzioni e piantagioni effettuate sopra il suolo, con correlativa estensione alle accessioni dei diritti e pesi (compreso il vincolo di destinazione) gravanti sul suolo stesso.”

Questa ricostruzione ha l’indubbio pregio di riportare da un punto di vista funzionale il discorso su di una identità strutturale tra proprietà fiduciaria e proprietà tradizionale. Il coefficiente temporale è quello discreto.

A nostro avviso il discorso può essere ulteriormente completato sostenendo che il *coefficiente di servizio* della proprietà fiduciaria (cioè l’essere accessivo ad un contratto di servizio, qual è il negozio/contratto fiduciario) rappresenti il vero discrimine rispetto alla tradizionale struttura dominicale.

⁵⁵⁷ Secondo la dottrina (PETRELLI *ult.op.cit*) l’analisi comparata del diritto anglo americano e delle legislazioni off-shore costituisce un terreno privilegiato per individuare gli elementi indefettibili dell’istituto (i *core elements*). Questi possono essere individuati negli obblighi fiduciari del *trustee*; - il c.d. *asset partitioning*, ossia la destinazione patrimoniale munita di effetti «reali», (che l’A. definisce opponibile ai terzi)

Il requisito dell’opponibilità è referenziale per il trust ed è ottenuto mediante la c.d. *dual ownership*, conseguente all’operatività del *trust* sul piano dell’*equity* e non del *common law*, ed alla correlata distinzione tra *equitable ownership* (che competerebbe al beneficiario del *trust*) e *legal ownership* (appartenente, invece, al *trustee*).

Ciò si riflette sulla qualificazione dogmatica della posizione del beneficiario rispetto al trust che attualmente sulla natura obbligatoria di detto diritto, (l’A. cita il *trust* di scopo ed il *trust* discrezionale, a riprova dell’assunto; fattispecie queste nelle quali oggettivamente non può configurarsi alcun diritto reale di un beneficiario del *trust* su specifici beni).

Come accennato Supra parte della dottrina pone rilevanti contiguità strutturali e dogmatiche tra il trust fund e la proprietà fiduciaria.

Sul punto Cfr., in particolare, D. WATERS, «The institution of the trust in civil and common law», in *Recueil des cours* (n. 252), 1995, p. 427 e ss.; H.L.E. VERHAGEN, *Trust in the civil law: making use of the experience of «mixed» jurisdictions*, in *Trusts in mixed legal systems*, a cura di M. Milo e J.M. Smits, Nijmegen, 2001, p. 93 e ss.; T. HONORÉ, «On Fettle Trusts into Civil Law Jurisdictions», in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 27, p. 1; M. CANTIN CUMYN, *Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries*, in *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2012, p. 6; J. KOESSLER, «Is There Room for the Trust in a Civil Law System? The French and Italian Perspectives», 2012, in <http://papers.ssrn.com>; G.S. ALEXANDER, *The dilution of the trust*, in *The Worlds of the Trust*, a cura di L. Smith, Cambridge, 2013, p. 305; M. GRAZIADEI, *Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience*, *ibidem*, p. 29. 3 Sul rilievo dell'asset partitioning nel trust, quale risultato non raggiungibile mediante la contract law, cfr. soprattutto R.H. SITKOFF, *Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning*, in *The Worlds of the Trust*, *cit.*, p. 428; H. HANSMANN e U. MATTEI, «The functions of trust law: a comparative legal and economic analysis», in *Njlr*, 1998, p. 438. Cfr. anche H. HANSMANN e R. KRAAKMAN, «The essential role of organizational law», in *Yale Law Journal*, 2000, p. 387; P. MATTHEWS, «La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?», in *Trusts*, 2004, p. 522. A. SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli 1999, p. 115 e ss. (ed ivi riferimenti); E. MARÉ, «Trust e scissione del diritto di proprietà», in *Corr. giur.*, 1995, p. 162; G. CASSONI, «Il "trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento», in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 753. Per il superamento della concettualizzazione del trust basata sulla *dual ownership* con riguardo al diritto inglese (conseguente alla negazione della realtà del diritto del beneficiario del trust), cfr. L. SMITH, «Trust and Patrimony», in *Revue générale de droit*, 2008, p. 381 e ss.; G.L. GRETTON, «Trusts without equity», in *Iclq*, 2000, p. 603 ss.; M. DE WAAL, «In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context», in *Stellenbosch law review*, 2000, p. 67 ss.; T. HONORÉ, *Trusts: the inessentials*, in *Rationalising property, equity and trusts: essays in honour of Edward Burn*, a cura di J. Getzler, Oxford, 2003, p. 16.

Nella dottrina italiana rivestono una particolare importanza i contributi di cfr. A. GAMBARO, *La proprietà del trustee*, *cit.*, p. 662 (il quale, alla luce dell'operatività solo *in personam* dell'*equity*, parla della *dual ownership* come mera «illusione ottica»); C. LICINI, «Una proposta per strutturare in termini monastici l'appartenenza nel rapporto di «fiducia anglosassone», in *Riv. not.*, 1996, p. 129 e ss. Per l'impatto dogmatico sulla costruzione dei diritti reali alla luce della recezione nell'ordinamento dei trust interni.

Viene cioè posta in relazione l'articolazione patrimoniale e l'asset partitioning, che costituisce il presupposto del trust fund, inteso come parcellizzazione di un patrimonio con opponibilità erga omnes (o in altre parole con effetti reali).

Sebbene la contiguità sussista, ed effettivamente il presupposto non può non essere, su di un piano effettuale, rinvenibile se non nella destinazione patrimoniale (latu senso intesa, comprensiva di una separazione patrimoniale, che permette anche di scindere i titoli di responsabilità rispetto al patrimonio generale del costituente e del fiduciario), non è tanto nella fisiologia del rapporto ,quanto nella patologia che si apprezzano significative differenze.

- Il grado di separazione patrimoniale del trust fund presenta un' intensità maggiore, di quella della proprietà fiduciaria, costituendo infatti una fattispecie di separazione bidirezionale.
- Nel caso in cui il disponente si sia privato di qualsiasi prerogativa di incidenza sull'atto istitutivo, e questo risulti immodificabile, non consentendo al trustee di attuare lo scopo del trust, o presentando delle lacune, che inficiano la validità degli atti di gestione, da parte del trustee, sia il diritto inglese, che la maggior parte delle legislazioni off -shore (ad esempio l'art.37 e l'art.51 della Jersey (Trusts) Law consentono all'Autorità giudiziaria di intervenire, per gestire le sopravvenienze o recuperare il governo del trust nei casi più gravi.
- E' proprio questo che costituisce il discrimine. Nel trust è possibile che il trustee e i beneficiari, in situazioni patologiche, quasi sempre determinate, da lacune presenti al momento della confezione dell'atto, si perda il governo del trust. In altre parole, è come se il trust fund "navigasse" da solo, in attesa di incagliarsi. Per questa ragione, il diritto consuetudinario, o per meglio dire il diritto comune, ha escogitato l'istituto del resulting trust, come ultima istanza, per ricondurre il trust fund al disponente, evitando una dispersione del patrimonio, in esito al fallimento del programma.

- Atteso il grado di separazione patrimoniale, della proprietà fiduciaria non è ipotizzabile un esito di questo tipo, essendo per il pactum fiduciae più semplice attivare i meccanismi rimediali, se predisposti. In caso di carenze strutturali del pactum fiduciae, l'unica possibilità è quella per il fiduciante di agire sul piano obbligatorio.

§5La proprietà fiduciaria e le c.d. situazioni dominicali condizionate⁵⁵⁸

⁵⁵⁸ Si tratta di applicazioni per lo più prasseologiche per dirimere situazioni particolarmente complesse, così riassumibili (la fonte è PETRELLI, *ul op.cit.* a cui si rimanda per la trattazione completa del tema). In particolare si osservi

1) *Si può* condizionare risolutivamente l'attribuzione patrimoniale a favore del fiduciario, al fine gestire la sopravvenienza della morte o rinuncia del fiduciario (con la precisazione che si tratterebbe di condizione risolutiva non retroattiva). A tale attribuzione risolutivamente condizionata potrebbe poi affiancarsi un'ulteriore attribuzione (a favore del sostituto del primo fiduciario), sospensivamente condizionata alla cessazione del primo titolare dell'ufficio.

2) *Gli eredi del fiduciario non possono mai rivestire la qualità di beneficiari, ma posso essere destinatari mediati in base alla devoluzione ad essi della proprietà dei beni destinati, con obbligo di ritrasferimento a favore del nuovo fiduciario, o del beneficiario finale.*

3) *La deducibilità in condizione risolutiva dell'eventuale alienazione indebita da parte del fiduciario.*

Secondo l'A. l' utilizzo della condizione risolutiva non è apparso dotato di utilità marginale con riferimento all'ipotesi della violazione da parte del fiduciario degli obblighi impostigli con l'atto di destinazione.

Sul punto si veda altresì del medesimo A.

G. PETRELLI, L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare, cit., p. 173 e ss. G. GABRIELLI, «Pubblicità degli atti condizionati», in Riv. dir. civ., 1991, I, p. 29 e ss., spec. p. 33 e ss.; G. PETRELLI, L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare, cit., p. 173 e ss. 142

Cfr. anche S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di cessazione del vincolo», in Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, cit., p. 277 ss.; G. BARALIS, «Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.», in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, in questa rivista, 2007, p. 154 e ss.

Per la necessità di consenso anche del disponente, da verificarsi peraltro alla luce delle concrete previsioni dell'atto di destinazione, cfr. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 19 G. PETRELLI, L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare, cit., p. 195 ss. 145 G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 168.

Per il possibile impiego della condizione risolutiva, M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, L'atto notarile di destinazione. Milano, 2006, p. 13. Cfr. anche G.

Concepire la proprietà fiduciaria come una proprietà condizionata, può, secondo parte della dottrina permettere, che sia proprio la condizione, il criterio di disciplina *dell'agere* del fiduciario.

Vengono dedotti in condizione quegli eventi, che attengono all'attuazione del programma fiduciario, determinando pertanto un cesellamento della posizione di questi.

PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 199 e ss.; A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, cit., p. 613. Per l'esclusione dei beni destinati dalla successione del fiduciario, cfr. M. LUPOI, Il contratto di affidamento fiduciario, cit., p. 315 e ss.

S. BARTOLI, Considerazioni generali, in S. BARTOLI, D. MURITANO e C. ROMANO, Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni, cit., p. 43 e ss.; S. BARTOLI e D. MURITANO, «Le clausole di attuazione del vincolo», in Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea, cit., p. 262 e ss.

PETRELLI nota che «Anche negli ordinamenti di common law non si ha esclusione tout court dei beni in trust dalla successione del trustee, quantomeno nel senso che il personal representative di quest'ultimo subentra anche nella titolarità dei trust assets, ed è obbligato a trasferirli al nuovo trustee».

G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 198 e ss. G. PETRELLI, «La trascrizione degli atti di destinazione», cit., p. 199 e ss. Per le obiezioni avanzate prima dell'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. - all'utilizzo della condizione risolutiva nel contesto della destinazione patrimoniale e dell'attribuzione dei beni al fiduciario, R. MONTINARO, op. cit., p. 205 e ss. Secondo PETRELLI, «al di fuori del contesto della destinazione ex art. 2645-ter c.c., la condizione non può essere «direttamente» volta a creare un limite alla circolazione dei beni, tant'è vero che si ritiene, prevalentemente, invalida la condizione risolutiva consistente nella violazione di un divieto convenzionale di alienazione ex art. 1379 c.c., come dimostrazione del fatto che non è possibile utilizzare il congegno condizionale al fine «diretto» di creare vincoli reali alla circolazione: cfr. per tutti G. ROCCA, «Il divieto testamentario di alienazione», in Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, p. 468 e ss., sulla base della considerazione condivisibile -che il meccanismo della c.d. retroattività reale della condizione (ed in particolare il regime dell'art. 1357 c.c.) sarebbe in contrasto con il principio desumibile dall'art. 1379, per cui il divieto di alienazione è valido nei limiti in cui abbia efficacia meramente obbligatoria.»

Sul punto anche G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 191-192; E. MOSCATI, *Alienazione* (divieto di), in Enc. giur. Treccani, I, Roma, 1988, p. 5; ID., *Il testamento*, lineamenti, Padova, 1995, p. 138 e ss.;

N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 145 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in Commentario del codice civile Scialoja Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 163 e ss. (ivi ulteriori citazioni di dottrina); R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 158

CAPITOLO IV

PROFILI DI RESPONSABILITÀ NELL'APPLICAZIONE DELLA FIDUCIE IN AMBITO FINANZIARIO.

1. LA FIDUCIE NEL CONTESTO DELLE OPERAZIONI FINANZIARIE:

Prendiamo ora in considerazione alcuni profili particolari della *fiducie* in relazione al contesto finanziario, al fine di valutare eventuali profili di criticità e di responsabilità del fiduciario nell'esecuzione del programma.

L'introduzione della *fiducie* ha, infatti, determinato, sin dalle origini la creazione di un sistema concorrente di svolgimento di prassi finanziarie un tempo affidate ad altri contratti nominati, sia civilistici che finanziari.

Secondo il Legislatore c.d. costituente, la *fiducie* avrebbe dovuto agevolare i rapporti societari (infatti, come abbiamo ampiamente illustrato, *supra*, solo in un secondo momento, essa diventa una struttura contrattuale di diritto comune).

L'applicazione della *fiducie* nel contesto finanziario deve fare i conti in primo luogo con il carattere immateriale delle azioni⁵⁵⁹.

Il fatto che l'oggetto del contratto sia costituito dalla proprietà temporanea di titoli azionari o del c.d. pacchetto azionario, riveste due ordini di conseguenze:

- a) La *fiducie* può essere impiegata come strumento per l'esercizio del diritto di voto e il perseguimento delle c.d. finalità indirette (ovvero l'alterazione della compagine sociale o del gruppo di comando);
- b) La *fiducie* può consentire il trasferimento della società (*inteso come trasferimento dell'attività di impresa*).

Nello specifico:

§1. Il trasferimento delle azioni e la composizione dell'organo gestorio:

Sotto il primo profilo, l'esercizio dei diritti connessi alle azioni possono influire sulla composizione del gruppo di comando e nella fattispecie

⁵⁵⁹ « La nature de la propriété fiduciaire est d'être temporaire même s'il ne s'agit pas de son essence » : VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051, p. 9. ; BARRIÈRE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004, n° 1253, p. 306.

consentire l'inserimento di un proprio uomo, ad esempio nel Consiglio di sorveglianza⁵⁶⁰

I diritti connessi alle azioni consentono, pertanto, il raggiungimento di una posizione determinante nell'organo gestorio, all'interno della società.

Il riferimento normativo è rappresentato dagli articoli L. 225-25⁵⁶¹ e L. 225-72⁵⁶² del Codice di commercio, che permettono, in conformità a quanto dispone lo statuto che gli amministratori o i membri del consiglio di sorveglianza possano essere proprietari di un certo numero di azioni. L'azionariato può influenzare l'accesso alle posizioni di vertice della società. Per questa ragione, la prassi delle operazioni societarie ha sempre ritenuto legittimo che gli azionisti, che controllano la società, possano trasferire temporaneamente le azioni a coloro che desiderano accedere a posizioni

⁵⁶⁰ Questa è la casistica che la letteratura francese ci consegna con maggior frequenza.

⁵⁶¹ Modifié par LOI n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 9 (V)

Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent.

Si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois.

Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas aux actionnaires salariés nommés administrateurs en application de l'article L. 225-23 ni aux salariés nommés administrateurs en application des articles L. 225-27 et L. 225-27-1.

⁵⁶² Modifié par LOI n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 9 (V)

Les statuts peuvent imposer que chaque membre du conseil de surveillance soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent.

Si, au jour de sa nomination, un membre du conseil de surveillance n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois.

Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas aux actionnaires salariés nommés membres du conseil de surveillance en application de l'article L. 225-71, ni aux salariés nommés membres du conseil de surveillance en application des articles L. 225-79 et L. 225-79-2.

chiave in azienda. Il caso più frequente resta quello della holding, che desidera di nominare un proprio uomo di fiducia in una delle sue controllate

§ 2.I problemi connessi al trasferimento provvisorio di azioni

Possono presentarsi dei problemi sul piano operativo, che presiedono al trasferimento temporaneo di azioni:

- Il soggetto designato potrebbe non avere la disponibilità economica per acquisire le azioni necessarie ad esercitare il ruolo nel consiglio di amministrazione o di sorveglianza;
- Potrebbe verificarsi la concorrente pretesa, dell'attuale gruppo di comando, di mantenere inalterata compagine sociale, pur volendo addivenire ad un cambiamento nell'organo gestorio (ad esempio per la paura di perdere il controllo, specie in società che non presentano una larga base azionaria).
- E', altresì, possibile l'ipotesi intermedia: in cui il soggetto designato, pur vantando una disponibilità economica, non riesca a raggiungere (per ragioni di vario titolo) il numero di azioni sufficiente a consentirgli l'ingresso nell'organo gestorio.

Il contratto di *fiducie* può sopperire alle difficoltà enunciate. Per effetto della modifica dell'art. 2015, con estensione della platea dei soggetti che possono rivestire la qualifica di fiduciario, tale struttura negoziale assume una piena fungibilità, per consentire il trasferimento provvisorio di azioni.

Atteso il divieto di assistenza finanziaria, da parte della società nei confronti degli amministratori e dei membri del consiglio di sorveglianza, la *fiducie* diviene l'unico strumento per superare l'ostacolo.⁵⁶³.

Anche però nel caso della *fiducie*, deve essere assicurata la neutralità dell'operazione. In questo caso si richiama quindi il concetto precedentemente analizzato nel caso di *portage*, quando si trattava di connotare la disciplina dei rapporti tra il *porteur* e l'ordinante. Ciò, a maggior ragione, nel caso della gestione del diritto di voto, per finalità c.d.

⁵⁶³ Cfr. Art. L. 225-43 et L. 225-91 Code de commerce

indirette. Il *porteur* deve realizzare l'interesse dell'ordinante (e non deve spendere un interesse proprio), così, anche nel caso della *fiducie*, la neutralità dell'operazione comporta, oltre al rispetto, da parte del fiduciario delle istruzioni concordate (che lo vedono candidato designato del fiduciante), anche che egli non realizzi, per il tramite del contratto posto in essere, un'operazione speculativa di tipo finanziario. La neutralità dell'operazione non costituisce un precipitato tecnico dell'operazione, ma si atteggia a vero e proprio requisito di validità del negozio fiduciario.

E', altresì, necessario delimitare temporalmente la durata del contratto, atteso che, come regola di default, la durata della *fiducie* ha il limite di 99 anni dal momento della conclusione del contratto⁵⁶⁴. Questa regola deve altresì essere coordinata con quella che prevede in 6 anni la durata massima del rapporto di mandato che sottende l'esercizio degli organi gestori.⁵⁶⁵

§3.L'articolazione del rapporto in base alla *fiducie*

Se si applica lo schema codicistico della *fiducie*, viene ad essere integrata una struttura contrattuale con le seguenti scansioni.

Gli azionisti o il gruppo di comando della società rivestono il ruolo di fiducianti e il dirigente designato (id est il candidato) è il fiduciario.

I medesimi azionisti o il gruppo di comando assolvono, anche, al ruolo di beneficiari

Il trasferimento temporaneo della proprietà delle azioni al fiduciario è effettuato, allo scopo di consentire il c.d. *mandat social*.

Secondo l'articolo 2012 Code civil, « *La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse* ». Di conseguenza l'accordo deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*.⁵⁶⁶

I requisiti di validità ex art. 2018 sono, quindi, (a pena di nullità):

:

1° Les biens, droits ou sûretés transférés (le azioni di una société anonyme)

2° La durée du transfert, (che deve corrispondere alla durata di esercizio del c.d. *mandat social*, che non può superare i 6 anni⁵⁶⁷);

⁵⁶⁴ Cf. art. 2018 2° Code civil.

⁵⁶⁵ art. L. 225-18 e L. 225-75 Code de commerce.

⁵⁶⁶ Cfr. 2012 Code civil introduit par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 : Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie. J.O.R.F. du 31 janvier 2009, p. 1854.

⁵⁶⁷ Cfr. Art. L. 225-18 e L. 225-75 Code de commerce.

3° L'identité du ou des constituants (gli azionisti o in caso di capogruppo l'identificazione della holding) ;

4° L'identité du ou des fiduciaires (il dirigente candidato) ;

5° L'identité du ou des bénéficiaires (gli azionisti medesimi o la holding) ;

6° La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition (in primo luogo deve esercitare i poteri derivanti dalla carica secondo il «concerto» con i fiducianti, in secondo luogo non può trasferire a terzi le azioni di cui è divenuto titolare, pena decadenza dagli organi sociali⁵⁶⁸).

A differenza delle strutture negoziali, precedentemente utilizzate (prêt de consommation o la vente à réméré⁵⁶⁹ d'actions⁵⁷⁰), la fiducie permette di modulare i reciproci obblighi delle parti, mediante l'inserzione di apposite convenzioni dispositive.

Ai sensi del primo comma dell'art. L. 228-23 Code de commerce, queste clausole godono di una applicazione generalizzata, a tutti i casi di trasferimento di azioni. La fiducie si struttura pertanto come un contratto in cui si trasferisce la proprietà delle azioni.⁵⁷¹

§ 4. Il profilo attuativo de la fiducie⁵⁷²

⁵⁶⁸ Cfr. art L. 225-25 et L. 225-72 Code de commerce.

⁵⁶⁹ Vendita consentita con la facoltà per il venditore di sciogliere la convenzione unilateralmente (sub specie di vendita con patto di riscatto) in cambio della restituzione del prezzo. Questo tipo di vendita è usato nella pratica degli affari, nell'ambito di un'operazione di credito per costituire una garanzia a vantaggio del creditore che acquisisce un bene mobiliare o immobiliare appartenente al suo debitore. Una volta pagato il debito, il venditore scioglie la vendita e riprende il suo bene. Cfr amplius Cap.I, SEZIONE I, II.

⁵⁷⁰ Per cui si rinvia al Cap. I SEZIONI II e III.

⁵⁷¹ Il contratto di *fiducie*, comportando un trasferimento di azioni, non può però costituire un mezzo per eludere l'applicazione delle norme societarie, che governano la disciplina delle c.d. società chiuse. Pertanto il fiduciario, se de caso è tenuto ad effettuare apposita pubblicità del nuovo status di socio, così acquisito a mezzo dell'operazione.

⁵⁷² In dottrina (GALLARATI, *Fiducia v. Trust. Spunti per una riflessione sull'adozione del modello fiduciari in diritto italiano*, in *Trusts*, (maggio) 2010 p.238 ss) è stata proposta una ricostruzione che come analizzato nel Cap.I, non si ritiene di poter accogliere in toto, secondo cui la *fiducie* viene definita come operazione sinallagmatica ad effetti traslativi. Tuttavia l'A. permette di tracciare i cardini della responsabilità che governa l'*agere* del fiduciario e del fiduciante, in ordine a qualsiasi operazione di *fiducie*, posta in essere e pertanto anche in un contesto come quello ora proposto.

In sintesi, i coefficienti di riferimento sono:

-
- L'art. 2013, che stabilisce la nullità del contratto, quando risulta permeato da intenti liberali e pare implicare la necessità che i beneficiari effettuino in favore del fiduciante una prestazione, il cui valore non dovrà essere proporzionato al beneficio ricevuto, ma non potrà neppure essere irrisorio;
 - I costituenti possono essere beneficiari, ma non possono prendere parte al rapporto se non hanno trasferito nulla.
 - l'effetto reale del contratto, costituisce presupposto dell'operazione di fiducia, realizzando un immediato trasferimento del patrimonio fiduciario (id est il pacchetto azionario). Ciò comporta che l'effetto reale sia prodotto diretto dell'operazione fiduciaria o elemento costitutivo di questo, a seconda della costruzione dogmatica (la questione, come visto, appare assai più complessa, perchè coinvolge la nozione di proprietà fiduciaria, di patrimonio fiduciario, nonchè le modalità che l'ordinamento francese predispone per la loro creazione).
 - La separazione patrimoniale realizzata in capo al fiduciario è differente, sia dalla fiducia romanistica, sia da quella che caratterizza i trust e le organizzazioni complesse (secondo l'A. infatti la *fiducie* deve essere analizzata in rapporto al trust e alle strutture societarie che sono organizzate con una personalità giuridica o che comunque presentino un grado di separazione patrimoniale).
 - Il contratto di fiducia mantiene il patrimonio del fiduciante a garanzia dei creditori del patrimonio su cui la fiducia insiste, anche qualora il disponente non abbia un altro ruolo nel rapporto. E' possibile operare una deroga: attraverso un'apposita previsione contrattuale, si può prevedere che i creditori della fiducia abbiano azione esecutiva sul patrimonio personale del fiduciario, ovvero in caso di loro accettazione, sul patrimonio trasferito al candidato designato (l'A. parla espressamente in termini di manager) per l'adempimento del programma gestorio.
 - Viene creato un patrimonio separato di tipo inedito nel panorama continentale. I modelli tradizionali non trust non prevedono la completa impermeabilità patrimoniale e pongono a garanzia dei creditori dell'organizzazione, in rapporto di alternatività: a) il patrimonio del manager; b) quello dei soggetti nel cui interesse la gestione è portata avanti dal manager, ma mai il patrimonio del terzo, quale è il fiduciante, che non sia anche beneficiario.

Ai sensi dell'art.2025 la regola di regola di responsabilità può presentare un assetto diverso:

- Se stabilito per contratto, potrà essere il candidato designato (in qualità di fiduciario) a rispondere delle obbligazioni assunte, laddove il patrimonio fiduciario risulti insufficiente alle pretese di terzi creditori.
- Secondo l'A. l'articolo in commento autorizza il manager a pattuire, contrattando con i creditori del patrimonio fiduciario, una limitazione di responsabilità alla capienza di quest'ultimo.

Secondo questa ricostruzione, la *fiducie* si inserirebbe nello schema predisposto dal Code Civil per il contratto a favore di terzo, che richiede a quest'ultimo la dichiarazione di voler profittare della pattuizione altrui, per beneficiare della prestazione e la relativa accettazione al solo fine di rendere irrevocabile quanto pattuito tra il promettente e lo stipulante.

Il divieto di assistenza finanziaria, da parte della società, comporta che nella stipula della *fiducie* si debba evitare di stipulare una remunerazione per il fiduciario, per evitare di incorrere nelle maglie del divieto di cui agli artt. L. 225-43 et L. 225-91 Code de commerce.

La ratio del divieto è quella di evitare un arricchimento dell'organo gestorio in danno della società

La regolamentazione pattizia del contratto deve, però, prevedere la restituzione al fiduciante dei frutti percepiti dalle azioni trasferite e, in modo particolare, dei dividendi o delle opzioni ad esse connesse e maturate in corso di rapporto. La neutralità diviene, quindi, condizione espressa di validità del contratto.

Il compenso del fiduciario si sostanzia, allora, nella retribuzione della carica sociale ricoperta, al limite rappresentato dai c.d. gettoni di presenza.

Vi è però una particolarità non indifferente in una *fiducie* che ha per oggetto il trasferimento di titoli azionari:

- Il fiduciario deve giustificare il suo status di azionista
- La sua posizione deve essere regolamentata, in base alla disciplina delle c.d. azioni di concerto.

Per quanto attiene al primo profilo, il fiduciario deve provvedere all'intestazione a suo nome dei titoli e provvedere all'iscrizione del suo nominativo nel libro soci⁵⁷³.

L'adempimento di questa formalità è propedeutico all'investitura del candidato a ricoprire a pieno titolo le funzioni gestorie.

La regolamentazione dell'azione di concerto è desumibile dall'art. L. 233-10 I du Code de commerce : « *Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote, ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en oeuvre*

Ultimo coefficiente di catalizzazione del rapporto è la modifica del contratto di *fiducie*, il codice civile richiede il consenso dei beneficiari ovvero la decisione di una Corte:

- Ex art.2029, lo scioglimento avviene nel caso in cui il fiduciario venga meno, a causa di una *liquidation fiduciare*, ovvero della sua dissoluzione o anche in seguito ad una incorporazione o ad una cessione.
- Ex art. 2030, il patrimonio fiduciario è trasferito ai beneficiari o in loro assenza al disponente.

L'a. considera la regola di chiara ispirazione contrattuale e si pone in contrasto con il trust e con il sistema delle organizzazioni complesse.

⁵⁷³ Cfr. Art. L. 211-17 Code monétaire et financier.

une politique commune vis-à-vis de la société ». A ciò si salda L. 233-10 II 5° ai sensi del quale « *entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant* ».

Il fiduciario agisce a profitto del fiduciante, nell'utilizzare il diritto di voto a vantaggio del fiduciante. La *fiducie* permette un accordo per l'esercizio del

diritto di voto con l'adozione di una particolare azione (amministrativa) nei confronti della società.⁵⁷⁴

§ 5. La fiducie il rapporto con il mandat social. Le posizioni di conflitto tra fiduciante e fiduciario.

⁵⁷⁴ Secondo la previsione contenuta nel codice di commercio all'articolo L. 233-10, sono soggetti che agiscono in concerto coloro che concludono un accordo per l'acquisto o la cessione di diritti di voto o per il relativo esercizio al fine adottare una politica comune nella società.

In particolare:

Article L233-10 (Modifié par Loi 2007-211 2007-02-19 art. 18 1° JORF 21 février 2007):

"I. - Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en oeuvre une politique vis-à-vis de la société.

II. - Un tel accord est présumé exister:

1° Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants;

2° Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3;

3° Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes;

La norma traccia la casistica tipologica e considera i soggetti che agiscono di concerto solidalmente responsabili ai sensi di legge e dei regolamenti. In particolare, il concerto si presume, tra la società e i componenti del relativo organo amministrativo, le società controllate o le società sottoposte a comune controllo, tra il fiduciante e la società fiduciaria.

La nozione di concerto della direttiva O.p.a. è stata attuata da Germania e Francia usando elementi propri della nozione di cui alla direttiva *Transparency*.

L'art. L. 233-10(I) Code commerce individua come soggetti che agiscono di concerto "le persone che hanno concluso un accordo finalizzato ad acquistare o vendere diritti di voto, esercitarli per attuare una determinata politica in relazione ad una società o per ottenerne il controllo". Questa nozione è incentrata sulla nozione di accordo

Sono desumibili due canoni informativi nella strutturazione della disciplina:

- a) il primo si ispira alla direttiva *Transparency*, anche se non specifica che la politica comune dei concertisti deve essere indirizzata alla gestione della società;
- b) il secondo include la nozione di controllo, che prodotto della direttiva O.p.a. e che è stata introdotta dalla legge in materia bancaria e finanziaria del 2007, al fine di ampliarne il più possibile la portata. Similmente a quanto accade nel diritto tedesco, la *Cour de Cassation* ha chiarito, (caso *Gecin*), che la cooperazione limitata ad una singola occasione è esclusa dall'ambito dell'azione di concerto.

Vi sono casi di presunzioni *iuris tantum* di azione di concerto, quando è la medesima relazione intercorrente tra concertisti a suggerirne la sussistenza.

Come sopra precisato, il contratto di *fiducie* deve essere coordinato con il *mandat social*, per effetto dell' art. L. 225-18 et L. 225-75 Code de commerce. Ai sensi dell'art. 2018 del Code civil, il primo paradigma di coordinamento è rappresentato dalla durata del contratto, che non può eccedere quella del mandato sociale. In caso di prosecuzione del rapporto, è necessario addivenire alla stipula di una nuova *fiducie*, connessa al medesimo *mandat social*.

Può, altresì, verificarsi l'ipotesi inversa in cui il fiduciario contravvenga alle disposizioni degli azionisti. Per il combinato disposto degli art.2027 e 2017 cc.fr è possibile provvedere alla nomina di un fiduciario provvisorio, per attivare la procedura di decadenza del fiduciario designato.

E' preferibile che l'eventualità sia prevista contrattualmente, in quanto il fiduciario recalcitrante ha la possibilità di procurare un danno agli azionisti, rifiutandosi di eseguire la convenzione stabilita.

Uno dei punti di torsione dell'intera disciplina è, infatti, rappresentato dal fatto che lo stesso articolato normativo è virtualmente in grado di innescare una conflittualità tra fiduciante e fiduciario, che nel contesto finanziario può assumere dei caratteri a dir poco parossistici, che trascinano dal perimetro tradizionale del c.d. conflitto di interesse.

Nello specifico si osservi che:

- I. *Il fiduciante può conservare dei poteri di gestione, che risultano essere intrusivi circa lo svolgimento del programma negoziale; qualora non offra sufficienti garanzie circa l'assolvimento del compito, può intervenire direttamente in capo ai terzi e privare di efficacia l'agere del fiduciario medesimo;*
- II. *Le ragioni di questa iperattività del fiduciante non sono ascrivibili solo ad eventuali difetti operativi del fiduciario;*
- III. *La ragione più recondita risiede nel profilo di responsabilità, che assiste l'operazione nel complesso. In caso di insolvenza del patrimonio fiduciario, la legge predispose, in maniera inedita, un titolo di responsabilità del fiduciante, che si aggiunge a quello del patrimonio fiduciario. Il fiduciante cercherà pertanto di evitare di rispondere a questo titolo, attivando, come un meccanismo di difesa anticipatamente azionato, una serie di misure che contengano l'attività del fiduciario, impedendo che incorra in situazioni rischiose.*
- IV. *Nel caso dei rapporti societari, questa conflittualità è assorbita dalla stringente normativa dell'azione di concerto.*

Il quadro risulta così piuttosto complesso, in caso di patologia del rapporto Secondo BARRIERE⁵⁷⁵, « *on peut douter que le fiduciaire accepte son dessaisissement au motif que les conditions contractuelles caractérisant une mise en péril ou un manquement à ses devoirs seraient réunies [...]* » .
Di conseguenza non vi è alternativa al ricorso all'Autorità Giudiziaria per sciogliere il contratto .

2)IL TRASFERIMENTO DEL DIRITTO DI VOTO.

Secondo GERMAIN⁵⁷⁶ il trasferimento del diritto di voto può avvenire in maniera diretta o indiretta:

Il trasferimento del diritto è diretto, quando avviene attraverso la disciplina delle convenzioni di voto:

- Devono essere definiti, i tempi i limiti e l'oggetto
- Le convenzioni di voto devono rispettare i diritti degli azionisti, a partecipare alle assemblee e deve essere salvaguardato l'interesse sociale.

Per evitare la disciplina stringente delle convenzioni di voto si preferisce attuare un trasferimento indiretto.

Il trasferimento indiretto avviene per il tramite dei seguenti contratti: la société holding, l'usufruit, la copropriété, le prêt⁵⁷⁷ et la vente à réméré.

Il trasferimento indiretto deve essere effettuato senza frode (ovviamente con il rispetto delle norme imperative, in materia societaria)⁵⁷⁸ : « *Si le transfert de l'action, par quelque modalité que ce soit, a pour cause le désir d'échapper à l'interdiction du transfert du droit de vote, n'y a-t-il pas là*

⁵⁷⁵ BARRIÈRE F., *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, J.C.P. éd. E., 28 août 2008, n° 35, 385, p. 5.

⁵⁷⁶ GERMAIN M., *Le transfert du droit de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 135.

⁵⁷⁷ Contratto tramite il quale una persona consegna ad un'altra (a titolo precario) un oggetto, materiali, merci o denaro. Al termine del contratto, la cosa oggetto del prestito deve essere restituita. Il mutuatario è un detentore. Il Codice civile prevede tre tipi di mutui: le prêt à usage o commodat ; le prêt à consommation ; le prêt d'intérêt". Nel primo caso, il mutuatario deve restituire il bene stesso consegnato senza potere disporne. Nel secondo caso, il mutuatario deve restituire una cosa della stessa specie, della stessa qualità e quantità. Questi contratti sono in principio a titolo gratuito. "Le prêt à intérêt" fa l'oggetto di una regolamentazione precisa per quanto riguarda la stipulazione degli interessi (deve essere fatta per iscritto), l'ammontare del mutuo, il calcolo degli interessi e la loro capitalizzazione.

⁵⁷⁸ GERMAIN M., *Le transfert du droit de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 139.

une fraude qui ruine à la base la construction imaginée ? Il est toujours très difficile dans le domaine du droit des sociétés de distinguer la fraude de l'habileté »

Ai sensi della L. 242-9 3° Code de commerce è vietata la vendita del voto «*se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages* »⁵⁷⁹. Questa norma si pone come argine garantistico ad ogni forma di frode, e costituisce una sorta di clausola di salvaguardia a tenuta del sistema. Riveste, infatti, anche un nucleo espansivo determinando un'efficacia riflessa nel selezionare le convenzioni di voto lecite.

Secondo la giurisprudenza⁵⁸⁰, i contratti civilistici di cui supra, nel permettere un esercizio indiretto del diritto di voto, non possono operare una scissione tra i diritti amministrativi e finanziari legati alle azioni, dovendo uniformarsi ai principi di diritto imperativi per le società.

Sul tema la giurisprudenza di settore pare essere abbondante:

Tribunal de commerce de Paris, 1er août 1974⁵⁸¹, in merito al caso *Schneider/Marine- Firminy* : « *s'il est vrai que la liberté de vote est un principe essentiel, quoique non écrit du droit des sociétés, et que l'actionnaire ne peut valablement aliéner un droit qui n'est pas exclusivement conçu dans son seul intérêt, rien n'interdit de renoncer à cette liberté en renonçant personnellement à la qualité d'actionnaire pour la remettre ouvertement à un être juridique distinct [...]* ».

Il margine di questo decisum, relativo ad una società holding è invero piuttosto ampio; si possono rilevare due *regulae iuris*:

- Il diritto (libertà) di voto è inscindibile dall'esercizio dei diritti amministrativi e finanziari riferibili al compendio azionario;
- Nel conflitto tra il diritto di voto e gli altri diritti del compendio azionario, si deve preferire alla soluzione che consenta l'esercizio

⁵⁷⁹ GERMAIN M., *Le transfert du droit de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 139. « *il est interdit de voter ou de faire voter dans un sens ou dans un autre en échange d'une rétribution* ».

⁵⁸⁰ Cass. req., 23 juin 1941, J. soc., 1943, p. 209

⁵⁸¹ T.C. Paris, 1er août 1974. Cf. OPPETIT (B.), Rev. Soc., 1974, p. 685.

congiunto di tutte le prerogative delle azioni, anche nel caso di trasferimento a terzi⁵⁸².

§ 1 La costituzione de la *fiducie* e il trasferimento del diritto di voto

Si tratta di un contratto di *fiducie* con la sola finalità di trasferire un diritto di voto: gli azionisti che vogliono temporaneamente trasferire il diritto di voto sono al tempo stesso fiducianti e beneficiari.

Il fiduciario esercita i diritti di voto attraverso la proprietà delle azioni. Come in ogni contratto di fiducia la forma scritta è *ad substantiam* ex art. 2012 Code civil⁵⁸³; il documento a pena di nullità ex art. 2018, contempla :

⁵⁸²La *fiducie* permette invece il trasferimento indiretto del diritto di voto, senza i problemi ravvisabili con le altre strutture civilistiche.

BARRIÈRE F., *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2053, p. 13 ; DELFOSSE A. et PENIGUEL J.-F., *Premières vues sur la fiducie*, Defrénois, 2007, art. 38571, p. 582 ; DUPICHOT Ph., *Opération fiducie sur le sol français*, J.C.P. éd. G., 14 mars 2007, I, 121, p. 5 ; LARROUMET C., *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D., 2007, p. 1353 ; MONDINO J., *La fiducie : aspects comptables*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2057, p. 31 ; PIEDELIEVRE A., *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal., 26 mai 2007, n° 146, p. 3 ; WITZ C., *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au trust*, D., 2007, p. 1369.

Infatti se si prende il caso del *L'usufruit conventionnel d'actions* non è agevole risolvere il problema della ripartizione del diritto di voto; si veda sul tema la pronuncia 4 janvier 1994 (Cass. com., 4 janvier 1994. Cf. BONNEAU Th., *Droit des Sociétés*, mars 1994, n° 45 ; COZIAN M., J.C.P. éd. E., 1994, 374 ; DAIGRE J.-J., Bull. Joly, 1994, § 62, p. 249 ; LE CANNU P., Defrénois, 1994, art. 35786, p. 556 ; LECENE-MARENAUD M., Rev. Soc., 1994, p. 278 ; VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J., J.C.P. éd. E., 1994, I, 363 ; ZENATI F., R.T.D. Civ., 1994, p. 644. et du 9 février 1999 (Cass. com., 9 février 1999. Cf. BONNEAU Th., *Droit des Sociétés*, mai 1999, n° 67, p. 9 ; DAIGRE J.- J., Bull. Joly, 1999, § 122, p. 566 ; GUYON Y., J.C.P. éd. E., 22 avril 1999, n° 16, p. 724 ; HOVASSE H., Defrénois, 1999, art. 36991, p. 625 ; LE CANNU P., Rev. Soc., 1999, p. 81. Cass. com., 9 février 1999. Cfr. BONNEAU Th., *Droit des Sociétés*, mai 1999, n° 67, p. 9 ; DAIGRE J.- J., Bull. Joly, 1999, § 122, p. 566 ; GUYON Y., J.C.P. éd. E., 22 avril 1999, n° 16, p. 724 ; HOVASSE H., Defrénois, 1999, art. 36991, p. 625 ; LE CANNU P., Rev. Soc., 1999, p. 81. Quindi nel caso di trasferimento indiretto del diritto di voto le parti stabiliranno che questo venga esercitato dall'usufruttario. Nella comproprietà convenzionale (*La copropriété conventionnelle d'actions*) vi è un medesimo regime, con una limitazione della convenzione per 5 anni, rinnovabile tra le parti.

Un discorso non diverso, ancora, per *la vente à réméré d'actions* in cui gli obblighi delle parti non possono eccedere la durata di 5 anni.

La giurisprudenza in un *obiter dictum* riconosce la validità del prêt de consommation d'action, con il *leading case* 8 mai 1950 (Cass. civ., 8 mai 1950. Cfr. DELAIRE J., J.C.P. éd. G., 1950, II, 5602.)

- 1° Les biens, droits ou sûretés transférés (le azioni di una société anonyme);
- 2° La durée du transfert, (non oltre 99 anni) ;
- 3° L'identité du ou des constituants (uno o più azionisti) ;
- 4° L'identité du ou des fiduciaires ;
- 5° L'identité du ou des bénéficiaires (i fiducianti) ;
- 6° La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition (in primo luogo si prevedono gli accordi che determinano l'esercizio del controllo sulla società in secondo luogo si prevede l'obbligo di ritrasferimento delle azioni a fine contratto, in capo ai costituenti)⁵⁸⁴.

§2 Le modalità specifiche di esecuzione

A differenza della *fiducie*, realizzata per consentire al candidato designato di entrare a far parte dell'organo gestorio, in questo caso, è prevista una remunerazione per il fiduciario.

La remunerazione corrisposta dal fiduciante al fiduciario varia secondo il servizio reso

- 1) nel caso il fiduciario effettui un servizio, che si concretizza nel consentire al fiduciante il controllo societario, il contratto prevede una restituzione al fiduciante, oltre che della proprietà delle azioni, dei frutti maturati nonché la corresponsione di una *indemnité prorata temporis*, sub specie di interessi;
- 2) in altri casi, il fiduciario agisce nell'interesse esclusivo del fiduciante, in quanto, in questo contesto il controllo non realizza un interesse sociale autonomamente inteso, ma un interesse particolare del fiduciante medesimo. Si tratta della fiducia in favore di persone con problematiche attinenti alla sfera di salute fisica o psichica: « en difficulté » ou « vulnérables » così come evidenziato dal Sen. Marini nell' *Exposé des motifs de sa proposition de loi*⁵⁸⁵ In particolare: «...des personnes victimes entre autres d'accidents ou de maladies ne bénéficiant pas d'une tutelle ou d'une curatelle pourraient se décharger de la gestion de leurs biens à un fiduciaire. »; per

⁵⁸³ E' necessario procedere per atto notarile; argom. ex article 2012 Code civil, introduit par l'ordonnance n° 2009- 112 du 30 janvier 2009: Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie. J.O.R.F. du 31 janvier 2009, p. 1854.

⁵⁸⁴ Anche in questo caso vige il disposto di all'art. L. 228-23 Code de commerce.

⁵⁸⁵ MARINI Ph, *Proposition de loi Instituant la fiducie*, février 2005, Sénat, proposition de loi n° 178, p. 4 et 5.

questa ragione successivamente la fiducie è stata estesa alle persone fisiche diventando uno strumento del diritto comune.⁵⁸⁶

Restano immutate le problematiche attinenti alla giustificazione dei poteri del fiduciario, effettuate mediante intestazione dei titoli a suo nome e iscrizione nel libro soci.

3) LA RESPONSABILITÀ DEL FIDUCIARIO

La responsabilità del fiduciario si estende al fatto illecito, in una dimensione analoga al *breach of trust* della *Law of Torts*. Questa responsabilità secondo la giurisprudenza è valutata con maggior rigore nel caso in cui il fiduciario debba difendere interessi di persone vulnerabili⁵⁸⁷.

4). ULTERIORI APPLICAZIONI FINANZIARIE DELLA FIDUCIE SULLE AZIONI

⁵⁸⁶ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 : Modernisation de l'économie. J.O.R.F. du 5 août 2008, p. 12471.

⁵⁸⁷ In particolare l'art. 2025 stabilisce che senza pregiudizio dei diritti dei creditori del costituente, titolari di un diritto di seguito legato ad una garanzia pubblicata anteriormente al contratto di fiducia e fuori dei casi di frode ai diritti dei creditori del costituente, il patrimonio fiduciario non può essere aggredito che dai titolari di crediti nati dalla conservazione o dalla gestione dello stesso patrimonio.

Pertanto come già sottolineato precedentemente:

- In caso d'insufficienza del patrimonio fiduciario, il patrimonio del costituente costituisce garanzia comune dei creditori, salva stipulazione contraria del contratto di fiducia che ponga tutto o parte del passivo a carico del fiduciario.
- Il contratto di fiducia può ugualmente limitare la responsabilità per il passivo fiduciario al solo patrimonio fiduciario. Una tale clausola è opponibile ai soli creditori che l'hanno espressamente accettata. L'apertura di procedure collettive nei confronti del fiduciario non coinvolge il patrimonio oggetto della fiducia.
- La previsione dell'esistenza di un patrimonio sussidiario del costituente o del fiduciario se convenuto, in caso di insufficienza del patrimonio fiduciario è stata dettata da preoccupazioni dell'Amministrazione finanziaria che temeva di non potersi rivalere contro alcun soggetto in caso di incapacienza del patrimonio fiduciario al momento delle eventuali richieste del fisco, e ha quindi anche finalità antielusive oltre che di generale tutela dei creditori).
- Al fiduciario sono riconosciuti i più ampi poteri di disposizione sul patrimonio fiduciario nei confronti dei terzi (citato art. 2023), mentre al costituente (o al beneficiario o al terzo designato ai sensi dell'art. 2017 per il controllo) sono riconosciute esclusivamente azioni personali dirette ad ottenere rendiconti, alla nomina di un fiduciario provvisorio o alla sostituzione del fiduciario stesso (art. 2027).

La dottrina francese contempla l'ipotesi del trasferimento di un'impresa e della *fiducie* finalizzata all'ottenimento di un credito (quindi a scopo di garanzia).

Secondo la dottrina, la *fiducie* presenta una versatilità tale ed una latitudine applicativa, in quanto⁵⁸⁸ « offre le moyen technique de satisfaire toutes sortes de besoins que seule l'imagination créatrice de la pratique permettra de faire surgir. Au-delà de la création d'une sûreté ou de l'organisation d'une gestion patrimoniale, qui sont les objectifs habituellement recensés, la *fiducie* devrait permettre la réalisation d'opérations aussi variées que la création de moyens de défense anti-OPA, la gestion à long terme d'épargne retraite ou d'épargne salariale [...] ».

Nel primo caso, la c.d. *transmission d'une entreprise* non deve essere effettuata, violando le maglie applicative del divieto di *fiducie* liberalità di cui alla legge du 19 février 2007⁵⁸⁹ ex art. 2013 « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

Alla base di queste restrizioni, come abbiamo ampiamente analizzato, è rinvenibile una *sfiducia* dal punto di vista fiscale⁵⁹⁰.

Questo tema è stato lungamente oggetto dei lavori preparatori, sin dal primo progetto de loi instituant la *fiducie* du 20 février 1992. Successivamente, la *proposition de loi du sénateur Marini* ha escluso del tutto il trasferimento a titolo gratuito, per sopperire a qualsiasi ostacolo fiscale⁵⁹¹: « [...] il semble préférable d'attendre une nouvelle refonte des barèmes des différents impôts applicables lors des transmissions de biens à titre gratuit par des personnes physiques pour, alors, leur étendre le bénéfice d'application de ce texte ».

1 - Lacostituzione della *fiducie*:

Viene a strutturarsi un rapporto del seguente tipo

- I. L'azionista di maggioranza che trasferisce l'impresa è il fiduciante;
- II. L'intermediario, che acquista le azioni è il fiduciario-

⁵⁸⁸ PUIG P., *La fiducie et les contrats nommés*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 69.

⁵⁸⁹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 : Loi instituant la *fiducie*. J.O.R.F. du 21 février 2007, p. 3052.

⁵⁹⁰ LIBCHABER R., *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois, 2007, art.38639, p. 1194 ; TRIPET F., *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal.,21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

⁵⁹¹ MARINI Ph, *Proposition de loi instituant la fiducie*, déposé le 8 février 2005, Sénat, proposition de loi n°178, p. 5.

III. Un erede sarà il beneficiario dell'impresa, obbligandosi ad indennizzare gli altri.

Come nel caso precedente, è necessario, a pena di nullità, un documento scritto che attesti il contratto di *fiducie* e la sua disciplina.

Ai sensi dell'art. 2018, a pena di nullità la *fiducie* determinerà :

1° Les biens, droits ou sûretés transférés (le azioni della société anonyme trasferita) ;

2° La durée du transfert, (fino alla morte del titolare dell'impresa; il limite comunque resta sempre di 99 anni)⁵⁹²

3° L'identité du ou des constituants (l'azionista di maggioranza, il titolare dell'impresa) ;

4° L'identité du ou des fiduciaires (le persone di fiducia del costituente o anche un beneficiario)⁵⁹³;

5° L'identité du ou des bénéficiaires (l'erede già fiduciario o altri eredi)

6° La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition (il trasferimento delle azioni dà origine ad un *patrimoine d'affectation*, la cui durata è commisurata al tempo necessario perchè operi una trasmissione definitiva del patrimonio; il titolare delle azioni esercita i diritti di voto e gli altri diritti sociali).

2 Il profilo attuativo:

E' prevista una remunerazione per il fiduciario, proporzionale al grado di investimento di questi nell'impresa, nonché nella sua gestione.

Valgono i medesimi criteri di giustificazione dei poteri, da parte del fiduciario mediante l'intestazione dei titoli nominativi.⁵⁹⁴

In caso di convenzione di voto, si applica la presunzione di concerto, tra fiduciante e fiduciario ex art. L. 233-10 II.

3.La fiducie à fins de garantie

⁵⁹² Cfr. Art. 2018 2° Code civil.

⁵⁹³ Cfr. art. 2016 Code civil

⁵⁹⁴ Cfr. art. L. 211-17 Code monétaire et financier.

Sia la dottrina, che la pratica attestano che⁵⁹⁵: « *La fiducie offerte par le législateur aux praticiens pourrait permettre, en matière de transfert temporaire de titres à fins de garantie, de passer du pluriel au singulier. Les techniques variées et imparfaites se verraient préférer un contrat unique et idéal, la fiducie-sûreté de valeurs mobilières. [...] L'inventaire des motivations des parties à une opération de transfert temporaire de valeurs mobilières a révélé que la recherche d'une garantie efficace était un mobile déterminant dans la majorité des hypothèses. On peut affirmer, à de marginales exceptions près, que toutes les opérations de report, toutes les opérations de pension, de vente de titres à réméré, tous les prêts de titres adossés à un prêt d'espèces ainsi que certaines opérations de portage sont destinés à conférer au cessionnaire des valeurs mobilières la garantie qui résulte pour lui de la titularité des titres. Tous ces cessionnaires cherchent dans le transfert des titres la garantie de leur créance. Pour cette fin unique, rien ne justifie une telle multiplicité de mécanismes, surtout s'agissant de contrats dont aucun n'est véritablement satisfaisant. L'adoption d'une loi permettant de recourir à la fiducie-sûreté doit entraîner la désuétude de nombre d'entre eux* »

Secondo la dottrina la fiducie-sûreté d'actions presenta due profili di indubbio vantaggio per la prassi societaria:

1) La *sedes materiae* è rappresentata dal Code civil, agli artt. 2011ss; vi è in più una disciplina aggiuntiva contenuta negli artt. 2372-1ss e 2488-1ss⁵⁹⁶. Viene a delinearsi un regime giuridico, che ben si attaglia a beni mobili, incorporali e ai diritti.

Dal punto di vista pratico, si pone quindi con una funzionalità maggiormente spendibile rispetto al *portage*.

2) per effetto della nuova disciplina, in tema di patto commissorio, il fiduciario diviene proprietario delle azioni se,

« *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* »⁵⁹⁷.

Il vantaggio di questa forma di *fiducie* consiste in questo:⁵⁹⁸ « *présente l'indéniable avantage pour le créancier de se situer hors concours, par*

⁵⁹⁵ LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997, n° 643, p. 327.

⁵⁹⁶ Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 : Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie. J.O.R.F. du 31 janvier 2009, p. 1854.

⁵⁹⁷ Cfr. Art. 2025 Code civil.

*rapport aux autres créanciers de son débiteur, en l'occurrence constituant. Et ceci même en cas de procédure collective du constituant puisque l'article L. 622-7, alinéa 1er, in fine du Code de commerce, qui interdit la réalisation d'un pacte comissoire à compter du jugement d'ouverture du débiteur, ne trouvera pas à s'appliquer en l'espèce, les biens remis en garantie n'étant plus la propriété du constituant ».*⁵⁹⁹

a - La struttura de la fiducie

Il debitore che trasferisce provvisoriamente i titoli è il fiduciante, che costituisce anche il beneficiario della *fiducie*.

Il creditore, che diventa proprietario dei titoli, è il fiduciario

Come nelle altre forme di *fiducie*, è necessaria la forma scritta ad *substantiam*, con le menzioni obbligatorie. Nel documento scritto trovano collocazione eventuali altri pattuizioni accessorie che regolano i rapporti interni delle parti.

In particolare: in base al combinato disposto degli artt. 2012 et 2018 Code civil, il contratto di *fiducie* deve presentare a pena di nullità :

1° Les biens, droits ou sûretés transférés (azioni o altri titoli) ;

2° La durée du transfert, (corrisponde alla durata prevista per il rimborso del credito, a meno che le parti intendano utilizzare la garanzia, per una serie di operazioni consecutive)

3° L'identité du ou des constituants (il debitore, soggetto che generalmente opera sui mercati finanziari).

4° L'identité du ou des fiduciaires (banche o intermediari finanziari)

5° L'identité du ou des bénéficiaires (il debitore, fiduciant o in caso di insolvenza il creditore fiduciario)

6° La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition (in primo luogo, l'acquisto di azioni che costituiscono un *patrimoine d'affectation* fino al rimborso del credito; in secondo luogo, i titoli trasferiti costituiscono un *portafoglio* di valori immobiliari, che le parti

⁵⁹⁸ DUMONT-LEFRAND M.-P., *Le dénouement de l'opération de fiducie*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 66.

⁵⁹⁹ L. 622-13 et L. 641-11-1 du Code de commerce, réformés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : Ordonnance portant réforme du droit des entreprises en difficulté. J.O.R.F. du 19 décembre 2008, p. 19462).

Sul punto : BERTHELOT G., *Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 89s ; DAMMAN R. et DUFOUR O., *La fiducie achève de faire sa place dans le droit français*, Les Petites Affiches, 27 mars 2009, n° 62, p. 4.

possono stabilire essere assegnato al fiduciario, perchè su di esso svolga operazioni di investimento),

Ai sensi dell'art 2372-2, a pena di nullità : « *la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire* ».

Si applica il disposto dell'art. L. 228-23 Code de commerce,

b – Il profilo attuativo.

E' stabilita una remunerazione per il fiduciario, in qualità di servizio reso al debitore fiduciante. La remunerazione nel caso di specie consiste nel tasso di interessi.⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰Il fiduciario ha l'obbligo di intestazione delle azioni a suo nome (Cfr. art. L. 211-17 Code monétaire et financier.) con iscrizione nel libro soci della società emittente in caso di titoli nominativi.

Le parti stabiliscono altresì le regole di amministrazione dei titoli.

Se il patrimonio in *fiducie* è composto da un pacchetto azionario di maggioranza, il contratto ne impedirà l'alienazione.

Per effetto dell'ordonnance du 30 janvier 2009 (Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 : Ordonnance portant diverses mesures relatives à la fiducie. J.O.R.F. du 31 janvier 2009, p. 1854.) e della loi du 12 mai 2009 (La loi du 12 mai 2009 autorise la fiducie-sûreté constituée par une personne morale et encadre celle constituée par une personne physique. Cf. Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : Loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. J.O.R.F. du 13 mai 2009, p. 7920.; RAYNOUARD (A.), *Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, J.C.P. éd. N., 12 juin 2009, p. 3.): E' possibile istituire fiducies-sûretés rechargeables, che consentono al debitore il trasferimento continuo di beni o diritti nel patrimonio fiduciario, a garanzia del creditore originario o di nuovo creditore (si veda art.2372-5 per i beni mobili e l' 2488-5 pour gli immobili).

Le due normative sono speculari: « *La propriété cédée en application de l'article 2372-1 [ou 2488-1] peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.*

Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.

A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite ».

Secondo BARRIÈRE F., *La fiducie-sûreté*, J.C.P. éd. E., 3 septembre 2009, n° 36, 1808, p. 20, questo regime particolare si richiama all'*hypothèque rechargeable* .

Questo regime della c.d. ricarica è usufruibile a tre condizioni:

- 1) Deve esservi una previsione contrattuale espressa;
- 2) il costituente deve essere una persona fisica;
- 3) il patrimonio fiduciario deve indicare un importo massimo garantito.

(cfr. Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : Loi de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures. J.O.R.F. du 13 mai 2009, p. 7920. . RAYNOUARD A., *Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, J.C.P. éd. N., 12 juin 2009, p. 3 ;CROCQ P., *La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France*, D., 2009, p. 7)

CONCLUSIONI

Al termine di questa indagine, volta all'individuazione del *formante fiducia*, nell'ordinamento francese e nell'ordinamento italiano, proviamo a trarre alcune conclusioni di ordine generale, in relazione alle problematiche oggetto di scrutinio.

Prima di presentare i risultati, per segmenti di indagine specifici, ci soffermiamo ancora una volta su di una notazione metodologica.

Data la vastità dell'argomento negozio fiduciario, e la cautela con cui viene affrontato, negli ordinamenti del c.d. diritto continentale, abbiamo elaborato, a scopo esplicativo, il concetto del c.d. formante generale. Con questa espressione si intende perimetrare un formante onnicomprensivo, relativo ad un determinato istituto di applicazione generale, suscettivo di suddivisione in ulteriori istituti tra di loro interconnessi, e la cui esplicazione risulta necessitata per descrivere ed analizzare sul piano normativo, una realtà giuridica complessa.

In altre parole, a nostro avviso, non è stato possibile affrontare, in chiave comparatistica, la fiducia, se non attraverso la scansione di ulteriori passaggi, costituiti da altrettanti formanti, quali la separazione patrimoniale e la proprietà fiduciaria, anch'essi, ad un tempo dotati di efficacia euristica autonoma (in quanto strutture fondanti di ordinamento, oggetto di profilo di interazione con corrispondenti strutture in altro ordinamento), sia di efficacia euristica c.d. derivata, perché dotati di idoneità inferenziale, in ordine al formante generale fiducia (si tratta cioè di concetti polisemici, in grado, nella loro interconnessione, di descrivere e definire normativamente la fiducia negli ordinamenti oggetto di comparazione.).

Queste conclusioni saranno pertanto così articolate: verrà per primo affrontato il resoconto sulla fiducia in Francia, poi quello sulla Fiducia nell'ordinamento nostrano, infine verranno evidenziate le c.d. interconnessioni, secondo la chiave interpretativa appena delineata.

I. Nell'ordinamento francese abbiamo evidenziato la presenza di una fenomenologia disaggregata del negozio fiduciario. Con questa espressione, intendiamo la compresenza di pluralità di fattispecie, riconducibili ad ipotesi c.d. positivizzate, che sebbene rinvencono nell'elemento fiduciario un coefficiente referenziale unitario, sono dotate di un polimorfismo tale, da impedire una trattazione unitaria del negozio fiduciario medesimo.

E' necessario, altresì, precisare che il fenomeno fiduciario in Francia non può essere indagato, senza un'attenzione precipua al paradigma diacronico temporale. Ovvero l'intervento legislativo, che a partire dal 2007 ha determinato, a più riprese, l'ingresso della *fiducie*, nell'ordinamento francese, svolge un ruolo di interpretazione evolutiva dell'intero istituto fiducia, globalmente inteso. Si è giunti, pertanto, alla conclusione che, in base alla legge del 2007 (che proprio per la pregnanza sistemica, abbiamo definito legge istituzionale) esista un prima e un dopo la *fiducie*, non solo da un punto di vista temporale, ma anche su di un piano dell'ermeneutica tecnico normativa.

Prima della *fiducie* esistevano delle fattispecie fiduciarie innominate, relegate a singole ipotesi, normativamente previste, che si atteggiavano a casistica limite, rispetto ad un sistema che, ex professo, si dichiarava per ragioni storico dogmatiche, poco incline a concepire il fenomeno fiduciario e la conseguente produzione di forme di proprietà temporanea e fiduciaria. La rilevanza applicativa nel contesto finanziario e delle liberalità tradiva però il processo di progressiva emancipazione del sistema, dalla sfiducia nei confronti dei congegni fiduciari, indiziati del sospetto di simulazione o di elusione nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria.

Dopo l'introduzione della *fiducie*, al netto dell'opera di manutenzione cui è stata sottoposta a più riprese, per ragioni di sospetto, analoghe a quelle di cui Supra, il panorama disaggregato è mutato.

Viene positivizzato per la prima volta, ex professo, il negozio fiduciario, sub specie di contratto fiduciario ad effetti reali, che assume la precipua funzione di contratto nominato (l'inserzione attraverso il sistema della

novella non può non essere considerata un indizio del rilievo preminente, cui viene accordato a questa nuova figura). La *fiducie* diviene, pertanto, l'ipotesi di fiducia legale, cui afferisce un concetto c.d. di fiducia tecnica, che comporta una reinterpretazione in chiave di coerenza normativa delle c.d. fiducie innominate. La centralità della *fiducie* presentando un contenuto negativo, che si sostanzia nel divieto di proliferazione, mediante interventi giurisprudenziali e prasseologici, delle c.d. fiducie innominate, sortisce un apprezzabile contenuto positivo. In primo luogo, le ipotesi di fiducie innominate esistenti vengono di fatti legittimate. In secondo luogo, le fiducie innominate rinvencono nella *fiducie* una normativa dispositiva c.d. di default. La fiducia, pertanto, diventando espressione del c.d. diritto comune dei contratti, accredita implicitamente una *reductio ad unum* del negozio fiduciario francese. Ne deriva che uno dei criteri qualificanti della fiducia nell'ordinamento francese, proprio per effetto della *fiducie*, è rappresentato dal c.d. modello attributivo, ovvero dalla fiducia, che sul c.d. modello romanistico, viene concepita come trasferimento di proprietà di beni dal fiduciante al fiduciario, con connessa creazione di una proprietà fiduciaria.

Come si è avuto modo di acclarare, questa *reductio ad unum*, si impone come forma a priori, anche al netto della dogmatica classificatoria del diritto francese, che considera recessiva, rispetto alla dicotomia contratti nominati e innominate, la diairetica simbolica tra fiducie nominate e innominate. A riprova di questo assunto, è stato evidenziato il ruolo trasversale del *portage*, come contratto innominato sui generis, che presenta una semantica tipica dei contratti innominati, pur provenendo dalla prassi ed avendo un margine operativo esplicitamente finanziario. Il *portage* costituisce, infatti, il prototipo della fiducie gestione, pur potendo assolvere virtualmente altre funzioni, tra cui quella di garanzia.

Delineato così il panorama giuridico del negozio fiduciario in Francia, dopo l'avvento della *fiducie*, si è riflettuto sul precipitato tecnico della fiducia, ovvero sul fenomeno indotto di separazione patrimoniale. Con la separazione patrimoniale e l'articolazione del patrimonio, viene ad un

tempo superato il principio dell'unità dominicale e al contempo introdotto il regime speciale della proprietà fiduciaria. Il diritto francese, anche all'indomani della *fiducie*, manifesta una ritrosia ad esprimere, come categoria di diritto positivo, la proprietà fiduciaria (che campeggia solo nel c.d. progetto istitutivo). Si preferisce l'impiego della locuzione patrimoine d'affectation, di limitato impatto simbolico, ma di uguale valenza di innovazione di sistema. Infatti, sebbene si eviti di perimetrare la c.d. proprietà fiduciaria, il contratto fiduciario per eccellenza, la *fiducie*, si concepisce come contratto ad effetti reali, con necessario trasferimento di beni dal fiduciante al fiduciario, pena l'irricoscibilità del nomen iuris. Ciò comporta l'adozione, per il sistema d'Oltralpe, del modello attributivo come modello base (unico per la *fiducie*), con prevalenza del c.d. sistema romanistico (basato sul trasferimento di proprietà e sulla creazione contestuale di una proprietà temporanea strumentale) e completa squalifica di forme di fiducia autodichiarate.

II. Nell'ordinamento italiano, a differenza di quello francese, il processo di positivizzazione non ha avuto corso. Ad eccezione di quelle che la dottrina considera, seppure con qualche dubbio, ipotesi di fiducie immanenti al codice civile (ci si riferisce al contratto estimatorio, al mandato senza rappresentanza e alla fiducia testamentaria, che dovrebbero attecchirsi ad altrettante fonti di proprietà fiduciaria ammesse dall'ordinamento) il negozio fiduciario resta un istituto di *rezeptione morbus*, ovvero un istituto in cui la conformazione tipologica e la disciplina normativa sono prodotta di una stratificazione dottrinale, sottoposta ad una prova controfattuale da parte della giurisprudenza. Parte della dottrina, invero, considerando che ogni discorso in tema di negozio fiduciario non può prescindere dal dato strumentale della proprietà fiduciaria, asservita alla realizzazione degli scopi fiduciae causa delle parti (espressi nel c.d. pactum fiduciae), asserisce che l'introduzione dell'art.2645ter abbia, di fatto, decretato la positivizzazione, nel nostro ordinamento della proprietà fiduciaria. Si è visto, invero, che questa impostazione sconta innanzitutto l'adesione di una concezione di

proprietà fiduciaria, intesa come proprietà nell'interesse altrui e soprattutto sconta l'esigenza di assicurare alla separazione patrimoniale con essa indotta, la legittimazione dei trust interni. Su questo approccio, decisamente iperfunzionalistico, abbiamo espresso delle riserve, a cominciare dal fatto che non può essere rinvenuta una identità tra il trust fund e la separazione introdotta con l'art.2645ter. In verità, proprio la natura di c.d. fiducia tecnica, che abbiamo considerato forma a priori delle operazioni fiduciarie, spensibile tanto in Italia, quanto in chiave comparatistica anche in Francia, ci consegna un quadro della fattispecie in oggetto, ben più composito. Da un punto di vista tecnico dogmatico, l'intesa fiduciaria, il c.d. *pactum fiduciae*, si pone come prius logico ed ontologico rispetto alla fase esecutiva, costituendone ad un tempo norma e sanzione. Norma, in quanto costituisce il precetto e la legge tra le parti, sanzione, in quanto ex se assolve la funzione di criterio di responsabilità *dell'agere* fiduciario, ai fini della valutazione del grado di adesione di questi al programma e limite all'esercizio della potestà di abuso.

Si è scelto, pertanto, di considerare recessiva quell'impostazione che individua nel *pactum fiduciae* un semplice momento correttivo del negozio attributivo, con cui si trasferiscono i beni e si costituisce la proprietà temporanea strumentale. Questa impostazione, infatti, sottoposta ad attento scrutinio in tutte le sue possibili prospettive, riveste il pregio di distinguere le intese simulatorie dalle intese fiduciarie, ma presenta l'indubbio limite di essere una costruzione più che mai tesa, a fornire una spiegazione delle fattispecie fiduciarie a modello attributivo. Il carattere precettivo e contestualmente sanzionatorio del *pactum fiduciae* invece costituisce la fonte anche del procedimento di investitura reale del legittimato, in base ad un modello di fiducia germanistica.

Il recupero della prevalenza del momento pattizio, rispetto alla creazione della proprietà fiduciaria, che riveste un ruolo strumentale, ha consentito, a nostro avviso, il recupero di quelli che sono i tratti caratterizzanti del fenomeno, che non possono essere scissi dal programma fiduciario, che si manifesta, nella riservatezza dell'operazione, e nell'affidamento del

fiduciante, *ratione subiecti*, al fiduciario circa l'idoneità di questo, ad attuare un determinato programma, che può articolarsi anche nella scansione di più fasi, secondo quello che costituisce un procedimento indiretto.

Infatti, è proprio attraverso la valutazione di un procedimento indiretto, che si è potuta misurare la compatibilità delle operazioni di portage ad attuare un contenuto parasociale, che può alternativamente manifestarsi con il ricorso al trasferimento del voto o con la predisposizione di convenzioni che disciplinino le modalità di esercizio del diritto di voto.

Proprio la considerazione del rilievo fondante del *pactum fiduciae*, inteso quindi, non alla stregua di patto correttivo, ci consente di attribuire una rilevanza esterna alla *causa fiduciae*.

Sebbene in Italia, in attesa di interventi normativi, che in un passato prossimo erano quasi giunti a compimento, si ritenga comunemente che la causa fiduciae non rivesta una rilevanza esterna, ma sia, per così dire ricompresa nell'articolazione della causa dandi e della causa credenti, è nostra opinione che il tracciato della prassi e le soluzioni escogitate dalla dottrina ci consegnano un profilo di rilevanza esterna c.d. mediata, della causa fiduciae. Si ritiene, infatti, che in operazioni come quelle testè citate, come tutte quelle che ricorrono ad un modello attributivo, di tipo romanistico, non sia possibile individuare una *causa fiduciae*, in funzione gregaria rispetto alla causa per così dire espressa, che sorregge l'attribuzione medesima. La connessione tra il profilo immediato, che governa l'attribuzione patrimoniale e il procedimento di investitura reale, qualora si verta in una fattispecie di fiducia c.d. romanistica, determinano una causa composita. Nello specifico: il procedimento che governa la riconduzione della fattispecie al tipo legale, sotto il profilo del controllo causale, rinviene due percorsi normativi: percorso a) lo scambio della cosa contro il prezzo, alla base del trasferimento; percorso b) il *pactum fiduciae* sostanza il ritrasferimento. Trasferimento e ritrasferimento non possono essere considerati nella loro singolarità, bensì come segmenti di un profilo unitario. In questo si compendia il significato della c.d. fiducia tecnica, che informa le attribuzioni (*rectius* le operazioni) fiduciae causa e che possiamo

considerare un formante, che unifica in un profilo unitario l'esperienza francese a quella nostrana.

III.La nozione di fiducia tecnica, quale formante e coefficiente di caratterizzazione delle singole fattispecie considerate, consente di selezionare due ambiti di operatività del negozio fiduciario, in cui si può cercar di iscrivere per ragioni di sintesi, tutte le fonti che abbiamo sottoposto ad esame.

Vi è un primo ambito di operatività, in cui si apprezza una difformità sostanziale tra l'esperienza francese e quella italiana.

La codificazione della *fiducie*, per la modalità seguita e per la sedes materiae, cui afferisce, ha determinato il passaggio definitivo della fiducia, da un sistema di recezione morbus, ad un sistema di diritto positivo, in cui quasi tutti i settori disciplinari civilistici, ne subiscono un nuovo corso. Anche il settore delle liberalità, atteso il divieto di fiducia liberalità, di cui all'art.2013 c.c.fr.,ne risulta interessato, per le pregresse ipotesi di liberalità innominate, che attraverso un procedimento indiretto, consentono la realizzazione di operazioni fiduciarie, e che ricevono dalla legge istituzionale una legittimazione susseguente.

In Italia, vige invece ancora in sistema relegato alle operazioni di recezione morbus, in cui l'attenzione pare concentrarsi prevalentemente sul prodotto dell'operazione fiduciaria, ovvero la creazione della proprietà fiduciaria, in base all'elaborazione del concetto di separazione patrimoniale e delle successive evoluzioni normative.

Le singole fattispecie parrebbero rinvenire un'unità dogmatica,, solo sul presupposto del regime di proprietà temporanea indotto dalla separazione patrimoniale, che presenta i tratti qualificanti della proprietà fiduciaria. Partendo da questo rilievo descrittivo, abbiamo ritenuto che, per effetto della natura strumentale della proprietà fiduciaria, sia identificabile, a monte il *pactum fiduciae* che connotando, in base ad un requisito tecnico, l'operazione come fiduciaria, la renda *altra*, dalle restanti operazioni di

trasmissioni di beni e diritti, segnalandola come sequenza di un procedimento più ampio. Non è possibile, però, da questo inferire un tratto unificante delle singole fattispecie fiduciarie, che pertanto restano intrise della loro unicità, pur conservando, come catalizzatore di ultima, istanza quel concetto di fiducia tecnica, che informa l'intera operazione e che fenomenicamente induce la proprietà fiduciaria.

Sotto un diverso profilo, il sistema francese e quello italiano, al netto delle differenze sopra enunciate presentano un profilo di contiguità dogmatica, evincibile soprattutto sulla base dei cardini del procedimento metodologico seguito, nell'enucleazione delle fattispecie fiduciarie.

In entrambi gli ordinamenti, che manifestano, in questo settore, più che in altri l'impronta codificatoria (di matrice napoleonica) le operazioni fiduciarie sono indagate in primo luogo sul piano descrittivo, al fine di valutare il piano differenziale rispetto alle fattispecie simulatorie.

Il fatto che la fiducia finisca per rivestire un profilo di intersezione tra l'apparentia Iuris e l'apparentia facti denota che l'attenzione dei c.d. operatori del diritto (a qualsiasi livello considerati, cioè sia sul piano del Legislatore che su quello della giurisprudenza e della dottrina) subisce un'inevitabile vis attractiva, da parte del piano effettuale/operativo, in cui si concreta l'operazione fiduciaria.

In Francia ciò si è risolto in una dichiarata sfiducia, che ha determinato l'adozione di una serie di cautele atte a lenire i sospetti dell'Amministrazione finanziaria, che temeva che, sia le ipotesi pregresse, che quelle di nuovo conio determinassero la proliferazione di altrettanti espedienti eversivi delle norme tributarie, e al contempo costituissero in espediente per realizzare operazioni fittizie.

Simulazione e frode alla legge divengono pertanto il paradigma negativo cui deve uniformarsi qualsiasi operazione fiduciaria (nel senso che non deve essere integrata alcuna forma di frode alla legge né una simulazione).

Mancando un processo di positivizzazione, in Italia, l'impostazione del problema difetta di quella enunciazione di principio, tante volte rimarcata dal legislatore e dalla dottrina francesi, ma ciò non toglie che simulazione e frode alla legge costituiscono, anche per l'impostazione domestica, le traiettorie limite, che non devono subire intersezione da parte di qualsivoglia operazione fiduciaria.

Forse più che nel modello francese, in Italia questo corso forzoso della fiducia è evidente. Ci si riferisce al piano materiale, piuttosto che al piano formale, non essendo la fiducia oggetto di apposita normazione. Infatti, il divieto del patto commissorio, il principio della *par condicio creditorum* e il principio della responsabilità patrimoniale del debitore possono, infatti, essere definiti come altrettanti presidi garantistici, per evitare che la fiducia debordi in simulazione o in un congegno, che produca dei fenomeni di elusione alla legge, globalmente intesi (e quindi non solo con riferimento alle norme tributarie e alle legittime preoccupazioni dell'Amministrazione finanziaria).

Questo piano di contiguità empirico strutturale tra la realtà italiana e quella francese, da un lato suggerisce l'imminenza di una tendenza del c.d. diritto continentale, alternativa al trust di matrice anglo americano, dall'altro preconizza, per l'Italia, l'adozione di soluzioni analoghe a quelle del modello francese, sia per quanto concerne l'adozione di strutture contrattuali traslative, per realizzare operazioni fiduciarie con modello attributivo, sia per quanto attiene alla disciplina della c.d. proprietà temporanea, vero *instrumentum*, dell'intera operazione.

INDICE DEGLI AUTORI E BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA P. *Le disposizioni generali sulle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 16 Torino, 1985;

ADELLE J.-F., *L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun*, Rev. Dr. bancaire et financier, mars-avril 2007, p. 48.

AGASSE J. et PICHAT J., *L'utilité pratique du prêt à usage*, Droit & Patrimoine, juin 1995, p. 31.

ALBIGES C., *La constitution de la fiducie*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 46.

ALLARA M. *La proprietà temporanea*, in *Circ Giur.* 1930, p.69;

ALLEGRI V., *Categorie di azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. Dir impr.* 2004, p.239

ALLOUCHE R., *Opérations de pension livrée. Impact de l'ouverture d'une procédure collective*, Banque et droit, 1991, n° 18, p. 133.

ALPA G. BESSONE M.ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P.Rescigno, 14 Torino, 1995, 218;

ALPA G. *L'evoluzione della disciplina del contratto*, in AA.VV.,*Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da M.Bessone, XIII, tomo II*, Torino, 2000;

AMABILI, F.,*Le opzioni put & call nelle joint venture*, in *Diritto e pratica delle società*, 2002, n.8,25;

AMLON G., *L'attribution judiciaire du gage en cas de procédure collective*, J.C.P. éd. N., 1991, I, n° 25, p. 261.

- ANDRIOLI, U. *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna –Roma, 1955;
- ANGELICI, C. *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, e G.B. Portale, 1ed. Torino, 1991;
- ANGELICI C., *Società in generale (voce)*, in *D. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1997;
- ANGELICI, C. *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003;
- ARANGIO-RUIZ, G. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1982;
- ARCHAMBAULT A.-L., *La nature juridique des valeurs mobilières*, Thèse Paris I, 1998.
- ARMAND (F.), *Le portage de titres in Financement des entreprises et droit des obligations*, P.U.A.M., 1993, p. 55. (p.29)
- ARRIANI, N, *Il divieto di patto leonino*, Milano, 1994;
- ASCARELLI, T. *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi*, I, Roma, 1931 (p.178, 228)
- ASCARELLI, T, *Limiti alla validità dei sindacati azionari*, in *Studio in tema di società*, Milano, 1952
- AURICCHIO, A., *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957; (p.26)
- ATIAS C., *Des vocations à la propriété*, Litec, Mélanges offerts à Pierre Catala, 2001, p. 597.
- ATIAS C., *Droit civil*, Les biens, Litec, 10ème éd., 2009.
- AUBRUN C., *Le paiement des dividendes des sociétés commerciales*, Thèse Paris, 1963.

AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français, Tome VI, Les biens*, par PONSARD A. et DEJEAN DE LA BATIE N., Librairies Techniques, 7ème éd., 1975.

Droit civil français, Tome II, par ESMEIN P., Librairies Techniques, 7ème éd., 1961. (p.296, 314, 322, 327)

AUCKENTHALER F., *Les incertitudes juridiques de la pension livrée*, J.C.P. éd. E., 1991, I, 42.

AUCKENTHALER F. *Les transferts temporaires de titres*, R.J.D.A., mai 1993, p. 243 et p. 315. (p.290, 295)

AUCKENTHALER F., *Pension*, J-Cl. Banque–Crédit–Bourse, 1994, fascicule n° 2123.

AUCKENTHALER F., *Gage de compte d'instruments financiers*, J-Cl. Banque–Crédit–Bourse, 1997, fascicule n° 2130.

AUCKENTHALER F., *Prêts de titres*, J-Cl. Banque–Crédit–Bourse, 2001, fascicule n° 2125.

AUCKENTHALER F., *Vente à réméré*, J-Cl. Banque–Crédit–Bourse, 2001, fascicule n° 2122. La pension, le prêt de titres et la loi sur les nouvelles régulations économiques, Bull. Joly Bourse, 2002, § 74, p. 387. Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005, J.C.P. éd. E., 2005, I, 1728.

AUCKENTHALER F., *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J., 2004. *Les transferts temporaires de titres sur les marchés de l'argent*, Thèse Montpellier, 1992.

BALENSI I., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1974.

BARBERO, *Il sistema del diritto privato* Torino, 1993, p.591. (p.13)

BA BADJANG (B.), *Réflexions sur les conventions de portage*, Les Petites Affiches, 19 janvier 2001, n° 14, p. 4. (p.29)

BAFFOY (G.), Le prêt de consommation de titres de sociétés, J.C.P. éd. N., 1996, I, n° 16, p. 572. Le renforcement du pouvoir des usufruitiers dans les assemblées de société, J.C.P. éd. N., 2004, n° 1419, p. 1350.

BAFFOY (G.) et LE NENAN (R.), Modalités particulières de transmission entre vifs de l'entreprise familiale, Defrénois, 2002, art. 37589, p. 1069. Relations juridiques : savoir s'entourer et gérer ses partenaires, Les Petites Affiches, 12 Juillet 2002, n° 139, p. 63.

BAILLY-MASSON (C.), L'intérêt social : une notion fondamentale, Les Petites Affiches, 9 novembre 2000, n° 224, p.

BARTHELEMY (J.-N.), Pension livrée et prêts de titres, Banque, 1990, p. 7.

BARRIÈRE F., *À propos de l'intermédiaire inscrit en compte d'actionnaires pour des non-résidents au sens des articles L. 228-1 et suivants du Code de commerce*, Bull. Joly, 2003, § 107, p. 513.

BARRIÈRE F, Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (première partie), Bull. Joly, 2007, § 119, p. 440.

BARRIÈRE F, Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie), Bull. Joly, 2007, § 144, p. 555.

BARRIÈRE F, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2053.(p.161, 162, 279)

BARRIÈRE F *La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, J.C.P. éd. E., 28 août 2008, n° 35, 385.

BARRIÈRE F, *La fiducie-sûreté*, J.C.P. éd. E., 3 septembre 2009, n° 36, 1808. (p. 102, 115, 116, 143, 163, 270, 405)

BARRIÈRE F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004.(p.29, 386,395)

BARRIÈRE F., *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 124-134; (p.2 nt.2)

BARCELLONA E., *Clausole put & call a prezzo predefinito –fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Milano, 2004; (p.82, nt.128, 83 nt.131, 151 nt.271)

BATTI, D., *Il patto leonino nell'ambito delle partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Le Società*, 1995, 178;

BAUDRY et LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Tome XXIV, « société, prêt, dépôt », par WAHL (A), Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898, « société, prêt, dépôt », n° 793.*

BECCHETTI, E, *Riforma del diritto societario. patrimoni separati dedicati e vincolati*, in *Riv. Del Notariato*,2003, I,p.49ss.(p.312, 313),

BELVISO, U., *Gli intermediari finanziari (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur comm*, 2000, I, 165;

BENAZZO, *I presupposti dell'OPA preventiva*, in *Giur Comm*.1994, I, 140

BENABENT A.,*Droit civil, Les contrats spéciaux, Montchrestien, Précis Domat*, 8ème éd., 2008.

Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Précis Domat, 12ème éd., 2010 (p.29)

BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CINAMONTI S., *Traité de droit civil, Les biens*, L.G.D.J., 2ème éd., 2010.

BERLE A.A. e MEANS G.C., *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966;

- BERLINGUER, A., *Trust et fiducie en Italie*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 600; (p.2, nt.2).
- BERAUDO J.-P., *Le trust anglo-saxon et le droit français*, L.G.D.J., 1992. (p.29)
- BERR C., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Thèse, Bibl. dr. com., Tome 3, préface de GIVORD (F.), Sirey, 1961.
- BERTREL J.-P. et JEANTIN M., *Droit de l'ingénierie financière*, Litec, 1991.(p. 80, 80 nt.123)
- BEUDANT R., *Cours de droit civil Français*, Tome IV, Les biens, Librairie Arthur Rousseau, 2ème éd., 1938.
- BENABENT A., *La fiducie* (analyse d'un projet de loi lacunaire), J.C.P. éd. N., 1993, I, n° 26, p. 275.
- BERGER P., *Fiducie et transmission des entreprises*, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 3.
- BERGER P L'évaluation de l'usufruit et de la nue-propiété, J.C.P. éd. E., 1993, 46.
- BERTHELOT G., *Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 89.
- BERTHEUIL-DESFOSSÉS D., FABRE H., HOUDARD J.-L., POUZENC F. et PILLEBOUT J.-F., *Sûretés et gestion. Constituants personnes physiques*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 18.
- BERTREL J.-P., *L'abaissement à 1 % du droit d'enregistrement pour les actes portant cession d'actions*, *Les Petites Affiches*, 18 février 1991, p. 11.
- BERTREL J.-P., *Analyse des conventions de portage*, Droit & Patrimoine, septembre 1995, p. 38. (p.29, 34)

- BERTREL J.-P. et JEANTIN M., *Le portage d'actions*, R.J.D.A., 1991, p. 683. (p.29,34)
- BETTI F., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Vassalli, 1960; (p.238)
- BETTI F., *Sugli oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1931, II,, p.699;
- BIANCA, M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996;(p.312)
- BIANCA C.M. *Diritto civile, Il contratto*, Milano,1987;
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *trattato di diritto civile*, diretto da G. Vassalli, Torino,1993;
- BIANCA C.M., *Patto commissorio (voce)*, in *Noviss. Digesto italiano, XII*, Torino,1965;
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957;
- BILLIAU M., *Le nouveau gage des comptes d'instruments financiers*, J.C.P. éd. E., 1996, I, 596.
- BIGIAMI W. *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954.
- BIGIAMI W. *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova 1962.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U. *Diritto civile*, Torino,1988, 726
- BISQUERRA M. et LENCQUESAING E.-F., *Prêts-emprunts de titres, éléments d'une doctrine*, Banque, 1990, p. 1063.
- BISSARA P., *L'intérêt social*, Rev. Soc., 1999, p. 5.
- BOCCHINI, *Commento sub art. 1531-36 in Commentario del codice civile a cura di P. Schlesinger*, Milano, 2003;

- BOLOGNESI C., *Leasing azionario: profili di incompatibilità con il diritto societario e possibili soluzioni*, in *Contr. E impresa*, 2006,1097.
- BONELLI F.-JAEGER P.G.. (a cura di) *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993;
- BONELLI G. *Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*, in *Rivo. Dir. Comm.*1905, I,142.
- BONFANTE E, *L'opzione nei contratti di vendita*, in *Rivo.dir. Como*, 1930,I,129
- BOFATTI S. *in contratti di pronti contro termine*, in *La banca e i nuovi contratti nel quadro della II Direttiva CEE*, Milano, 1993.
- BOSSI-GIUDICI G., *la reazione del mercato borsistico italiano ad annunci relativi a patti parasociali*, 2006 www.sa.unibo.it
- BONNEAU Th.,*Droit bancaire*, Montchrestien, Précis Domat, 8ème éd., 2009.
- BRONZINI, M. *Caratteristiche e prove della simulazione*, in *AC*, 1984,I,1265
- BUGANI, I, *le nullità del contratto*, Padova, 1990, 105
- BUGANI I, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)* in *Nuova giur.civ. Comm.*,1986,II,33
- BUONOCORE V. *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006
- BUSSANI M. *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*1986, 595.
- BUFFELAN-LANORE Y., *Droit civil, Première année*, Armand Colin, 14ème éd., 2005.
- BLANLUET G. et LE GALL J-P., *Le trust au pied du mur*, J.C.P. éd. E., 8 septembre 2005, n° 36, 1297.

BLANLUET G. et LE GALL J-P, *La fiducie, une oeuvre inachevée. Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. N., 2007, I, n° 36, p. 17.

BLANLUET G. et LE GALL J-P, *La fiducie, une oeuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2059.

BLAUROCK U. et WITZ C., *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 224.

BONDUELLE P. et TOLUB B., *La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire*, Droit & Patrimoine, novembre 1994, p. 20.

BONNEAU Th., *La diversification des valeurs mobilières en droit des sociétés : ses implications en droit des sociétés*, R.T.D. Com., 1988, p. 535.

BONNEAU Th., *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créance, et le droit civil*, R.T.D. Civ., 1991, p. 1.

BONNEAU Th., Réforme opérée par l'ordonnance du 25 février 2005, Droit des sociétés, juin 2005, 120.

BONNEAU Th., *La réforme 2005 des franchissements de seuils*, Bull. Joly Bourse, 2005, § 174, p. 694.

BORDENAVE Ph., *Le feuillet de la pension livrée*, Banque, 1990, p. 729.

BORNET J.-P., *Portage, le point de vue d'un banquier* in *Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. Bancaire et bourse, 1991, p. 117. (p.29)

BORNHAUSER M., *Le régime fiscal des cessions de titres démembrés : la fiscalité a-t-elle horreur du vide ?*, J.C.P. éd. N., 5 juillet 2002, n° 27, p. 1017.

BOSGIRAUD P., NOËL L. et POIRAUD B., *Donner un portefeuille de valeurs mobilières*, Gaz. Pal., 29 février 2000, n° 60, p. 14.

BOSVIEUX H., *Des conditions restrictives de la liberté du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales par actions*, J. soc., 1939, p. 65.

BOUGARTCHEV K. et GAUDIN A., *La fiducie à l'épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2056.

BURKE K., *Les prêts de titres internationaux, un service d'avenir à forte valeur ajoutée*, Banque, 1992. (p.29)

CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PETEL Ph., *Droit des sûretés*, Litec, 9ème éd., 2010.

CALANDRA BONAURA V. *Società fiduciarie e rappresentanza in assemblea*, in AA.VV. *Profili istituzionali e aspetti operativi delle società fiduciarie*, Milano, 1977, 42

CAMPAGNA F. *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 3, Torino, 1997; (p.68)

CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale 2, Diritto delle società*, Torino 2002

CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino 2003

CANNATA., C.A. *Fondamenti del Diritto Europeo*, Torino, 2005, p.19ss; (p.7, 273).

CARBONE S.M. „*Pactum fiduciae ed interposizione reale in Corr.Giur.*,1993.

CARBONETTI F. *Opa obbligatoria e diritti degli azionisti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*,2005, p.634

CARBONNIER J. ,*Droit civil*, Tome III, Les biens, P.U.F., Thémis, 19ème éd., 2000.

CARBONNIER J *Droit civil*, Tome IV, Les obligations, P.U.F., Thémis, 22ème éd., 2000.

CARIELLO V. *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, 1997

CARIOTA FERRARA L. *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, (p.195).

CARNEVALI U., *Il trasferimento e l'intestazione fiduciaria di valori mobiliari*, in *Atti del Convegno di Venezia*, 5 giugno, 1976.

CARNEVALI U., *Negozio giuridico- Negozio fiduciario (voce) in End. Giur.. XX, Roma, 1990 (p.17)*

CARNEVALI U., *Patto Commissorio (voce)*, in *Enc Dir. XXXII*, Milano, 1982

CARNELUTTI F, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *Rivo. Dir. Proc.*,1946, II,159

CARPINO B. *La vendita con patto di riscatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P.Rescigno,11, Torino

CARRARO L, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

CARRARO L, *Il mandato ad alienare*, 1947

CARRIERE P. *Le operazioni di portage azionario*, Milano 2008 (p.8, 10, 15, 29, 33, 39, 49, 57, 58, 60 nt86, 66 nt.100, 68, 70, 72, 74, 75, 84 nt.132, 84 nt 133, 104, 105, 120, 141, 142, 192, 302, 362, 364, 366, 367).

CARRIERE P. *le operazioni di leveraged cash out :spunti critici*, in *Le Società*, 2005, 184.

CARRIERE P., *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria*, in *Dir e prat. Soci. N.37*, 2004, 37

- CASELLA P. *Simulazione (diritto privato) (voce) in End. Dir.XLII, Milano, 1990, p.593*
- CASTAGNOLI A. *La fiducie: il trust francese, in Dir comma.in, 1991, p.299*
- CASTRES SAINT MARTIN F., *Les sociétés dites « holdings », Thèse Paris II, 1992.*
- CABRILLAC M., *Régime général du gage commercial, J-Cl. Commercial, fascicule n° 370.*
- CANTIN-CUMYNN M., *L'avant projet de loi relatif à la fiducie : un point de vue civiliste d'outre-Atlantique, D.,1992, p. 117.*
- CASTAGNE S., *L'usufruit et la nue-propriété des actions dans les sociétés par actions simplifiées, Droit des sociétés, avril 1996, p. 1.*
- CASTAGNE S., *La dernière compilation des holdings : n° 1 du « hit parade » des transmissions d'entreprise,*
- CASTAGNE S., *Droit des sociétés, décembre 1998, n°13, p. 4.*
- CASTAGNE S., *Usufruit et quasi-usufruit : une nouvelle mise au point, J.C.P. éd. N., 24 mars 2000, n° 12.*
- CASTAGNE S., *« Vote » en faveur du droit de vote, Droit des sociétés, octobre 2000, n° 21, p. 6.*
- CATALA P., *L'indivision, Defrénois, 1979, art. 31874, p. 3 ; art. 31886 ; art. 32160, p. 1601.*
- CATHOU T. et GENTILHOMME R., *Usufruit et quasi-usufruit de valeurs mobilières : vrais ou faux jumeaux ?, J.C.P. éd. N., 2000, p. 1773.*
- CAUSSE H., *Prêts de titres et titres de créances négociables après la loi du 26 juillet 1991, J.C.P. éd. E., 1992, I, 125.*

- CAUSSE H., *Valeurs mobilières : un concept positif*, Les Petites Affiches, 21 octobre 1994, n° 126, p. 4.
- CAUSSE H., *Les titres négociables*, Essai sur le contrat négociable, Thèse, Bibl. dr. entr., Tome 29, préface de TEYSSIE (B.), Litec, 1993.
- CÉNAC P. et CASTÉLAN B., *La fiducie avant la fiducie. Le cas du droit patrimonial de la famille*, J.C.P. éd. N., 26 juin 2009, p. 11. (p.96 nt.183)
- CERLES A., *Utilisations bancaires de la fiducie*, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 7.
- CERLES A., *La fiducie, nouvelle reine des sûretés ?*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2054. (p.29)
- CERONI, *Autonomia provata e simulazione*, Padova, 1990
- CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969
- CHAMPAUD C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Thèse, Bibl. dr. com., Tome 5, préface
- CHIANALE A. *Opzione*, in D.disc. Privo. Sez. Civ.XIII, Torino, 1995
- CHOPARD L., GALZY G. et HEMMELE J., *Pour une fiducie à la française* in La loi Dailly, Castelange diffusion, 1988.
- CHAMBERT (M.) et TRICOU (J.), *Le prêt de titre dans le cadre de la nouvelle loi sur l'épargne*, Banque, 1988, p. 732.
- CHAMPAUD C., *La fiducie*, Revue internationale du droit des affaires, 1991, n° 5, p. 689.
- CHAMPAUD C., *Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires*, Dalloz, Mélanges en hommage à Michel Jeantin, 1999, p. 161.
- CHAPPERT A., *Variations fiscales sur les donations secondaires*, Defrénois, 1994, art. 35679, p. 28.

- CICU A. *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. Dir. Comm.* 1936, II,141
- CLARIZIA, *I contratti di finanziamento all'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Vincenzo Buonocore, 4, Torino, 2002.
- COLOMBO C. *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999
- CORSI F. *Profili giuridici delle società fiduciarie*, in *Riv. Soc.* 1979;
- COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2007.
- CORNU G., *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Précis Domat, 13ème éd., 2007. (p.29);
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 6ème éd. mise à jour « Quadrige », 2004.(p.34, 44, 57, 61, 88, 146, 286, 298).
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, P.U.F., 8ème éd., 2000.
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2002;
- COSTI R. *I patti parasociali*, in *La riforma delle società quotate a cura di F..Orelli-V.Buonocore-F.Corsi-R.Costi-P.Ferro-Luzzi-A _*
- COZIAN M. et DEBOISSY F., *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 33ème éd., 2009.
- COCARD J., *De l'usufruit des actions et des obligations*, Thèse Caen, 1938.
- CONTIN R., *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Thèse, Bibl. dr. entr., Tome 5, préface de PERCEROU R., Litec, 1975.
- CORDIER B., *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 204, préface de GUYON Y., L.G.D.J., 1989.

86ème CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La transmission des entreprises. Vaincre les obstacles*, Lille, 1990. (p. 291, 293)

98ème CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Patrimoine professionnel : méthodes et perspectives*, Cannes, 2002. (p.291)

COILLOT J., *Transmission de l'entreprise familiale*, Les Petites Affiches, 26 septembre 1994, n° 115, p 8.

COLLART DUTILLEUL F., *La durée des promesses de contrat*, R.D.C., 2004, p. 15.

COMBY J., *La propriété, de la déclaration des droits au Code civil*, Études foncières, mars-avril 2004, n° 108, p. 44.

COULOMBEL P., *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse Nancy, préface de DURAND (P.), 1949.

COURET A., *Innovation financière et règle de droit*, D., 1990, p. 135.

COURET A., Le prêt de titres consenti par une société à un futur administrateur d'une filiale, Bull. Joly, 2000, p. 477.

COURTIER A.-S., *La fiducie et le principe d'unité du patrimoine*, Gaz. Pal., 15 février 2007, n° 46, p. 3.

COURTIER A.-S., La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France, D., 2009, p. 716.

CYRILLE D., *Commentaire de l'article 11 de la loi de finances pour 2000 sur la transmission successorale des entreprises*, Bull. Joly, 2000, § 50, p. 247.

CREMASCO D. e LAMBERTINI L., *Governo delle imprese e patti parasociali*, Padova, 2004;

CRICENTI G., *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1966

CRISCUOLI, G. *Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria*, in *Riv. Not.*, 2005, 1448; (p.17)

CROCQ P., *Propriété et garantie*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 248, préface de GOBERT M., L.G.D.J., 1995. (p.29 147, 254)

D'ALESSANDRO C., *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003;

D'ALESSANDRO F., *Contratto sociale simulato e "superamento della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema"* in *Silloge*, in onore di Oppo, I, Padova, 1992, 497;

D'ALESSANDRO F., *La trasparenza della proprietà azionaria e la legge di riforma della Consob*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, 327;

D'AMICO G., *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993.

D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

D'AURIA, M *Il contratto fiduciario: il caso francese*, in A. BARBA –D. ZANCHI, (a cura di) *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012, p.142-167; (p.3 nt.2, 102 nt.199, 107 nt.213, 110, 112, 113, 118, 119, 120, 121, 163, 208, 242, 254, 259, 260, 265, 269, 272).

DAIGRE J.-J., *Précisions relatives au gage de compte d'instruments financiers*. Commentaires du décret du 21 mai 1997, *Droit des sociétés*, juillet-août 1997, n° 9, p. 4.

DAMMAN R. et DUFOUR O., *La fiducie achève de faire sa place dans le droit français*, *Les Petites Affiches*, 27 mars 2009, n° 62, p. 3.

DAMMAN R. et PODEUR G., *Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu*, *D.*, 2007, p. 319.

DAMMAN R. et PODEUR G., *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?*, *D.*, 2007, p. 1359. (p.29)

- DAUBLON G.A., *Remarques sur les fondations*, Defrénois, 1996, p. 497.
- DAUCHEZ O., *Le régime fiscal de la fiducie*, J.C.P. éd. G., 18 avril 2007, I, 175.
- DAUNIZEAU J.-M., *Le dépôt fiduciaire*, Banque et droit, 1993, n° 30, p. 14.
- DECHEUX P., *La fiducie ou du sens des mots*, D., 1997, p. 35.
- DELEBECQUE Ph., *La responsabilité du fiduciaire*, Droit & Patrimoine, novembre 2009, p. 42.
- DERGATCHEFF C., *Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2060.
- DELFOSSÉ A. et PENIGUEL J.-F. *Premières vues sur la fiducie*, Defrénois, 2007, art. 38571, p. 581.
- DELLECI J.-M., *Le nouveau droit de propriété des titres négociés*, J.C.P. éd. E., 1994, I, 368.
- DELPECH X., *Pas de consécration générale de la cession de créance à titre de garantie*, D., 2007, p. 76.
- DESLANDES M., *Le point sur le dispositif d'allégement des droits de donation dus sur les transmissions d'entreprises sociétaires*, J.C.P. éd. N., 18 juin 2004, p. 997.
- DE ANGELIS- L. GAGGERO P., *Società fiduciaria*, in *Contr. e impresa*, 2003;
- DE MARTINI, F, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur.It.*,1946,I, 2, 311; (p.184)
- DI CHIO G., *Interposizione fittizia nel contratto di società*, in *Le Società*,1990, 1457;

- DI CHIO G., *Società fiduciarie (voce)*, in *Noviss. Dig.it.app.*, VII, Torino, 1987;
- DI MAIO F., *Sul principio di riservatezza delle società fiduciarie*, in *Le Società*, 2001, p.777;
- DI MAIO F., *Dalla nominatività obbligatoria alla riservatezza trasparente o alla trasparenza riservata*, in *Le Società*, 2003, p.1441;
- DI MAIO F., *Società fiduciaria e contratto fiduciario*, Milano, 1977 (p.195)
- DI MAIO F., *Diritto agli utili e intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali*, in *Le Società*, 2001,p. 974;
- DI MAIO F., *Il contratto fiduciario*, Milano, 1977. (p.195)
- DI MAIO F., *Natura ed effetti del rapporto tra fiduciante e società fiduciaria*, in *Le Società*, 2002, 32;
- DI MAIO F., *L'intestazione di beni a società fiduciarie: revirement della Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 1999,p.1012;
- DI MAIO F., *Società fiduciarie ed enti di gestione fiduciaria*, Milano, 1986
- DI MARZIO F., *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, 578;
- DI MARZIO F., *Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti*, in *Giust. Civ.*, 2001, 434;(p.169)
- DI PAOLO M. *Negozi indiretto (voce)* ,in *D. Disc.priv. sez.civ. XII*, Torino, 1995, p.124;
- DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960
- DIURNI G., *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *D. Dis. Priv. sez. civ. VII*, Torino, 1992, 291;
- DIDIER P., *Droit commercial*, Tome II, L'entreprise en société, les groupes de sociétés, P.U.F., Thémis, 3ème éd., 1999.

DIDIER P., *Droit commercial*, Tome III, Le marché financier, les groupes de sociétés, P.U.F., Thémis, 1999.

DIDIER P., *Les biens négociables*, Dalloz, Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Aspects actuels en droit des affaires, 2003, p. 327.

DOM J.-P., *Les montages en droit des sociétés* (aspects de droit interne), Thèse Bordeaux I, 1994.

DOM J.-Ph., *Le renouveau de la titrisation. À propos de la loi de sécurité financière et des décrets n° 2004- 1255 et n° 2005-429*, Bull. Joly Bourse, 2005, § 112, p. 387.

DU GARREAU DE LA MECHENIE J., *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse Poitiers, 1937.

DUFOUR O., *Gare au « law shopping »*, Les Petites Affiches, 19 novembre 2003, n° 231, p. 3.

DUMONT-LEFRAND M.-P., *Le dénouement de l'opération de fiducie*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 63.

DUPICHOT Ph., *Opération fiducie sur le sol français*, J.C.P. éd. G., 14 mars 2007, I, p.121.

DURAND P., *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Etudes offertes à Georges Ripert, Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I, L.G.D.J., 1950, p. 138.

DWARKA A. et MICHEL F., *Trust et (in)transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose*, Gaz. Pal., 11 mai 2000, n° 132, p. 18.

ESCARRA J. et E. et RAULT J., *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, Sirey, 1951.

ELLAND-GOLDSMITH M., *Fiducie et trust. Eléments d'une comparaison*, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 241. (p.29)

ETAIN P., *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes*, Droit des Sociétés, juillet 2001, p. 4.

FAMILY R., *L'acte de fiducie* (étude de droit interne et de droit international privé), Thèse Paris II, 2000.

FANTI G., *Natura e portata del divieto del patto leonino*, in *Le Società*, 2000, p.698;

FARENZA L., *I contratti parasociali*, Milano, 1987;

FASQUELLE D., *Le nantissement des valeurs mobilières*, R.T.D. Com., 1995., p. 1.

FERRARA F. *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma 1922; (p.26)

FERRARA F., *I negozi fiduciari*, in *Scritti N.ScialoJa*, Roma, 1905; (p.26, 187)

FERRARINI G., *Prestito titoli e derivati azionari nel governo societario*, in *Le Società per azioni oggi, tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno Internazionale di studi Venezia, 10-11 novembre 2006, a cura della *Rivista delle società*, Milano, 2007, p.629;

FERRI G., *Le società*, Torino, 1971;

FERRI G., *Le Società*, in *Trattato di diritto civile diretto da G.Vassalli*, Milano, 1987 ;

FERRI G., *Investimento e conferimento*, Roma, 2000

FERRI G., *Le convenzioni relative al diritto di voto*, in *Annuario di dir. Comp.e di studi legisl.*, VII, Roma, 1931;

FERRI G., *Partecipazione rilevante (voce)*, in *Enc. Dir. XXXII*, Milano, 1982;

FERRY C., *La fiducie-gestion du projet de loi de mai 1992* : quelques questions théoriques et leur enjeu pratique, Les Petites Affiches, 14 octobre 1992, n° 124, p. 13. (p.29)

FERRY C., La location d'actions avec promesse unilatérale de vente, J.C.P. éd. E., 1993, II, p.274.

FERRY C. et BAUR J.-P., *Le crédit-bail d'actions*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1994, p. 47.

FERRY C. et BIGNON J.-C., *Les opérations de pension*, J.C.P. éd. E., 1994, I, 389.

FILIBERTI E. et MARINI Ph., *La fiducie bientôt reconnue en droit français ?*, Les Petites Affiches, 1 mars 2005, n° 42, p. 3.

FIORINA D., *L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières*, R.T.D. Civ., 1995, p. 43.

FIORINA D Les droits du nu-propiétaire : de l'information au contrôle, D., 2003, p. 2495.

FIORINA D ,*Quel statut fiscal pour la fiducie ?*, Banque, 1991, p. 725.

FLOUR Y., *La qualité d'actionnaire et l'indivision*, Rev. Soc., 1999, p. 569.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Tome I, Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 14ème éd., 2010.

FORCHIELLI G., *Contratto preliminare unilaterale e patto d'opzione*, in *Studi urb.*, 1947, p. 21;

FORCHIELLI G, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, in *Riv. Trim.proc.civ.*, 1948, p. 796;

FOSCHINI M, *Sull'intestazione fiduciaria dei titoli azionari*, in *Banca e borsa*, 1962, I, p.39;

FRANCON A., *L'usufruit des créances*, R.T.D. Civ., 1957, p. 1.

FRISON-ROCHE M.-A.et JOCKEY M., *Pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ?*, J.C.P. éd. E., 1994, I, 344.

FRULEUX F., *Le régime fiscal du « don exceptionnel » exonéré de droits de mutation à titre gratuit*, J.C.P. éd. N., 2004, p. 1691.

FUMENIER P., HAYDEN MILLER J., et DORIN S., *Le régime fiscal de la fiducie*, D., 2007, p. 20.

FURGIUELE G., *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992; (p.26)

FUSARO A, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani* in *(testo della comunicazione presentata al XVIII Colloquio biennale AIDC "Patrimonio, persone nuove tecniche di governo del diritto - Incentivi, premi, sanzioni alternative", svoltosi a Ferrara dal 10 al 12 maggio 2007. Sessione di diritto di famiglia coordinata da M. D. Panforti "Un nuovo diritto di famiglia tra tutele e rimedi" (p.196, 205, 207)

GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da Pietro Rescigno, Torino, 2005, p. 507

GABRIELLI E., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974;

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Coll. Droit civil, préface de CORNU G., Economica, 1985.

GAUVIN A., *Les dérivés du crédit, nature et régime juridiques*, Thèse Paris I, 1999.

GABRIELE P, «Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno», in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 593; (p.312)

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;

GALGANO F, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988; (p.210).

- GALGANO F, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, 396
- GALGANO F, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1988;
- GALGANO F, *La società per azioni*, Bologna, 1988
- GALGANO F, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2003; (p.14)
- GALLARATI, A *Fiducie v. Trust Spunti per una riflessione sull'adozione del modello fiduciario in diritto italiano*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2010, p. 238ss; (p.3 nt.2, 102 nt.199, 111 nt.220, 112 113, 116, 391,392).
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1995; (p.14).
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Iudica e P. Zatti, I, Milano, 1990; (p.17)
- GAMBARO A., *I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 1996;
- GAMBARO A., *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di Sacco*, I, Milano, 495;
- GAMBARO, A. *Il trust in Italia e Francia in Scritti in onore di Rodolfo Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, in P. CENDON (a cura), Milano, 1994, p. 497 e ss.
- GARÇON J.-P., *La situation des titulaires de droits sociaux démembrés*, J.C.P. éd. N., 1995, p. 269.
- GARÇON J.-P., *Démembrement de titres et opérations sur le capital social*, Droit & Patrimoine, avril 1996, p. 41 et mai 1996, p. 54.
- GASPERONI, F. *Convenzione di esonero dalle perdite e titoli azionari*, in *Dir. E prat. Comm.*,1940, II, p.169; (82 nt.127).

- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006; (p.17, 49)
- GENTILI A., *Il contratto simulato*, Napoli, 1979;
- GENTILI A., *Interposizione simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata*, in *GI*, 1982, I, 2, 411;
- GENTILI A., *Simulazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Tomo, V, Torino, 2002, (p.168, 169);
- GENTILI C., *Les transferts momentanés de titres*, Thèse Lyon, 1996. (p.29)
- GENY F., *Etude sur la fiducie*, Thèse Nancy, 1885. Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Lib. gén. dr., 2ème éd., 1919. Idem Science et technique en droit privé positif (nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique), Sirey, 1921. p 541
- GERMAIN M., *Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises*, J.C.P. éd. E., 1988, II, 15161.
- GERMAIN M., *Le transfert du droit de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 135.
- GERMAIN M., *Sociologie de la dématérialisation*, Archives de philosophie du droit, Tome XLII, L'argent et le droit, Sirey, 1998, p. 105.
- GERMAIN M., *Les actions de préférence*, Rev. Soc., 2004, p. 597.
- GERMAIN M., *La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, p. 3.
- GERMAIN M., *Archives de philosophie du droit*, Tome XLII, L'argent et le droit, Sirey, 1998, p. 19.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, contrat, formation*, L.G.D.J., 3ème éd., 1993.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil*, Introduction générale, L.G.D.J., 4ème éd., 1994.

GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M., *Les obligations, les effets du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 2001. P.536

GIACOBBE G, *La frode alla legge*, Milano, 1968;(p.179)

GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1908 (p.8, 102)

GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance*, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J., 1960.

GIRARD P.-M. de et PASCAUD C.-A., *Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines*, R.D.C., 1er juillet 2007, n° 3, p. 955.

GIRARD M.-H., *Prêt, dépôt, séquestre, location et crédit-bail*, Rev. Soc., 1999, p. 787.

GIULIANI F.M. *Interposizione, fiducia, e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale*, in *Giur comm.*, 1994, II,;

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *riv. Dir. Comm*, 1936, I, 351; (p.17, 166, 229, 237);

GRASSETTI C., *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, 548; (p.17)

GRASSETTI C., *Donazione modale e fiducia*, Milano, 1941;

GRAZIADEI M, *Fiduciaria (società) in diritto comparato (voce)*, in *D. Dis. Priv. Sez.comm. VI*, Torino, 1991, p.113;

GRAZIADEI M, *Mandato (voce)*, in *D. disc. Priv.sez. comm. Torino*, 1994; (p.184).

- GRECO P., *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. Dir. Comm.* 1932, I, p.757;
- GRIMALDI M., *Verso il riconoscimento del contratto di fiducie nel codice civile francese*, in *Contr. Impr/Europa*, 2006, 378; (p.17)
- GUYON Y., *Droit des affaires*, Tome I, Droit commercial général et sociétés, Economica, 12ème éd., 2003.
- GUYON Y., *Traité des contrats, Les sociétés*, Aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J., 5ème éd., 2002.
- GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Padova, 2005 (p.315)
- GINESTET C., *La qualification des sûretés*, Defrénois, 1999, art. 36927, p. 80. et p. 203.
- GOBIN A., *Fiducies sans la fiducie*, J.C.P. éd. N., 1994, n° 44-45, p. 315. (91, 91 nt.162, 92 nt.170, 99)
- GOLDSMITH J.-C., *Régime fiscal de la fiducie et du trust*, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 244.
- GOUBEAUX G., *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, L.G.D.J., Mélanges dédiés à René Roblot, 1984, p. 199.
- GOUT O., *Le droit des sûretés réelles mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006*, Les Petites Affiches, 18 mai 2006, n° 99, p. 4.
- GOUTAY Ph., *La tenue de compte-conservation d'instruments financiers*, Bull. Joly Bourse, 1999, § 59, p. 241.
- GOUTAY Ph., *Transfert de propriété des instruments financiers : les aspects réglementaires de la réforme*, Bull. Joly Bourse, 2006, § 106, p. 491.
- GRIMALDI M., *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, art. 35085, 15 septembre 1991, p. 897 et

art. 35094, 30 septembre 1991, p. 961. (p.85 nt.131, 86, 93 nt.175, 95, 96 nt.182, 99, 295).

GRIMALDI M, *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois, 1994, art. 35841.

GRIMALDI M, *Problèmes actuels des sûretés réelles*, Les Petites Affiches, 26 juin 1996, n° 77, p. 7.

GRIMALDI M., DUCROCQ P. et NUYTTE B., *Les aspects civils du démembrement de propriété*, Droit & Patrimoine, mars 1995, p. 25.

GRIMALDI M. et ROUX J.-F., *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, Defrénois, 1994, art. 35677.

GUENGANT A., *L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'action ou de parts sociales*, J.C.P. éd. E., 1994, Les conseils Fidal, C.D.E., n° 1.

GUENGANT A., DAVODET D., ENGEL Ph., DE VENDEUIL S. et LE PAVEC S., *Actions de préférence, questions de praticiens (1ère partie)*, J.C.P. éd. E., 7 juillet 2005, n° 27- 28.

Actions de préférence, questions de praticiens (2ème partie), J.C.P. éd. E., 21 juillet 2005, n° 29, 1086.

GUENGANT A., DAVODET D., ENGEL Ph., DE VENDEUIL S. et LE PAVEC *Valeurs mobilières donnant accès au capital après l'ordonnance du 24 juin 2004*, J.C.P. éd. E., 28 juillet 2005, n° 30, 1129.

GUILLENCHMIDT J. de et CHAPELLE A. *Trusts, business trusts et fiducie*, Les Petites Affiches, 25 juin 1990, n° 76, p. 8. (p.29).

GUYENOT J., *La constitution et la réalisation de gage de valeurs mobilières*, R.T.D. Com., 1961, p. 269.

GUYENOT J, *Aspects juridiques et pratiques de la location, du prêt et de la vente à réméré de valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes*, Les Petites Affiches, 28 avril 1978, n° 51, p. 9.

GUYON Y., *Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières*, Rev. Soc., 1984, p. 17.(p.65, 66)

GUYON Y, *Le régime juridique des prêts de titre*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1988, n° 6, p. 36. (p.65).

HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, Tome I, 1ère éd., 1954.

HAMEL G., *L'aval en pension*, Banque, 1957, p. 707.

HALLOUIN J.-C., *Les statuts ne peuvent priver l'associé du droit de vote*, D., 2000, p. 231.

HAZAN S., *Fiducie à la française*, Les Petites Affiches, 12 juin 2007, n° 117, p. 5.

HEINRICH J.-B., *La vente à réméré d'obligations*, J.C.P. éd. E., 1984, II, 14282.

HEINRICH J.-B *Du prêt de titres*, Rev. Jurisp. Com., 1992, p. 282.

HEMARD J., TERRE F et MABILAT P., *Sociétés commerciales*, Tome I, Dalloz, 1972. ; *Sociétés commerciales*, Tome II, Dalloz, 1974.

HOVASSE H., DESLANDES M. et GENTILHOMME R., *Le démembrement des droits sociaux*, Droit des Sociétés, 1994, n° 15, p. 1.

HOUPIN C. et BOSVIEUX H., *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, Tome II, L.G.D.J., 7ème éd., 1935.

HUGUET H., *Mise à disposition d'actions au profit de personnes physiques afin de permettre d'exercer des fonctions d'administrateur ou de membre du*

conseil de surveillance dans des filiales non cotées d'un groupe, Droit des Sociétés, mars 1999, p. 4.

IONASCO A., *La nature juridique du droit de copropriété*, L.G.D.J., Montchrestien, Editions Techniques, Mélanges en l'honneur de Michel De Juglart, 1986, p. 21.

JAEGER P.G., *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.* 1979, p.181;

JAEGER P.G., *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968;

JAEGER P.G., *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. Comm.* 1989, p 201;

JAEGER P.G., *Ammissibilità e limiti dell'accordo di cessione del voto in cambio di corrispettivo (con considerazioni in merito alla c.d. vendita del voto)*, in *Guida al diritto*, 1997, n.1, p. 240;

JANNARELLI A, «*Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1253; (p.312)

JACOMET Th., *Et...la location d'actions*, Bull. Joly, 1993, § 179, p. 640.

JACOMET Th. et FARMINE F., *La vente d'actions avec réserve de propriété*, Bull. Joly, 1991, § 347, p. 977.

JADAUD B., *Le régime juridique de la fiducie*, Les Petites Affiches, 10 juin 2009, n° 115, p. 4.

JAMIN C., *L'avocat, le fiduciaire et le tiers*, D., 2007, p. 1492.

JAUBERT JAUFFRET-SPINOSI C., *Trust et fiducie*, Litec, Mélanges en hommage à Alain Sayag, 1997, p. 329.

JEANTIN M., *Droit des sociétés*, Montchrestien, Précis Domat, 3ème éd., 1994.

JEANTIN M., LE CANNU P., *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit*, Précis Dalloz, 5ème éd., 1999. (p.78, 79 nt.118, 142)

JEANTIN M., *Les conventions de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1990, p. 124.

JEANTIN M., *Conventions de portage et droit des sociétés* in Spécial conventions de portage, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 122. (p.29, 78, 142)

JEANTIN M., *Les prêts de titres*, Rev. Soc., 1992, p. 465.

JEANTIN M., *Observations sur la notion de catégories d'actions*, D., 1995, p. 88.

JEANTIN M., *Le droit financier des biens*, Dalloz, Mélanges en hommage à Michel Jeantin, 1999, p. 3.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, Tome II, Sirey, 1933.

JUGLART M. de et IPPOLITO B., *Cours de droit commercial*, vol. 2, Les sociétés commerciales, Montchrestien, 10ème éd., 1999.

JUGLART M. de et IPPOLITO B. *Traité de droit commercial*, Tome VI, Procédures collectives de paiement, par KERCKOVE E., Montchrestien, 3ème éd., 1998.

JUGLART M. de et IPPOLITO B., *Traité de droit commercial*, Tome VII, Banques et bourses, par LUCIEN M. et MARTIN L., Montchrestien, 3ème éd., 1991.

KADDOUCH R., *L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote*, Bull. Joly, 2004, § 29, p. 189.

KAN-BALIVET B., *Les clés du contrat de fiducie-gestion*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 70.

KOERING-JOULIN R. et SCHMIDT D., *L'article 163, alinéa 1, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Librairies

Techniques, Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Tome I, 1989, p. 135.

K.ZWEIGERT-H.KOETZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992 I, p.76ss. (p.1 nt.1).

KRIMMER I., *La clause de rachat*, J.C.P. éd. E., 1993, I, p.223.

KUHN C., *La mission du fiduciaire*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 52.

KUHN C., *Le patrimoine fiduciaire*, Contribution à l'étude de l'universalité, Thèse Paris I, 2003.

LAINÉ A., *De l'usufruit des valeurs mobilières*, Thèse Nancy, 1912.

LAMANDINI M., *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1994;

LAMBERTINI L., *Private Equity*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P.Cendon, Torino, 2005;

LAURINI, *I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario, in destinazione di beni allo scopo, strumenti attuali e tecniche innovative (atti della giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 19mgugno 2003.)*.
(p.324)

LACHAT S., *La mise à disposition d'actions de garantie*, Rev. Soc., 1977, p. 423.

LARROUMET C., *La fiducie inspirée du trust*, D., 1990, p. 119.

La fiducie, une révolution dans notre droit. Introduction, Banque et droit, 1990, n° 14, p. 239.

La fiducie, une révolution dans notre droit. Conclusion, Banque et droit, 1991, n° 15, p. 9.

La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques, D., 2007, p. 1350.

LAUDE A., *La fongibilité*, R.T.D. Com., 1995, p. 307.

LEGEAIS D., *Les garanties conventionnelles sur créances*, Thèse, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, avant-propos de STOUFFLET J., préface de REMY P., Economica, 1986.

LEPAULLE P., *Traité théorique et pratique du trust en droit interne, droit fiscal et en droit international privé*, Rousseau, 1932.

LE BAYON A., *L'usufruit de parts sociales*, Rev. Soc., 1973, p. 435.

LEBLOND J., *Droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier dans les bénéfices, les réserves, les remboursements et amortissements de capital, ainsi que dans les augmentations de capital en numéraire ou par incorporation des réserves*, Gaz. Pal., 1956, 2, p. 1.

LE CALVEZ J., *L'usufruit des valeurs mobilières de capitalisation - ou les bois taillis du XXème siècle ?*, D., 1994, p. 125.

LE CANNU P., *L'action de concert*, Rev. Soc., 1991, p. 675. *Saisie des valeurs mobilières : vers des techniques autonomes ?*, Bull. Joly, 1991, § 283, p. 1170.

LE CANNU P., *Saisie-vente des valeurs mobilières, les règles nouvelles (loi du 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992)*, Bull. Joly, 1992, p. 1170.

LE CANNU P., *L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières*, Bull. Joly, 1993, § 113, p. 395.

LE CANNU P., *Le nantissement conventionnel des actions*, Bull. Joly, 1993, § 322, p. 1091.

LE CANNU P., *Les mesures conservatoires portant sur des droits d'associé ou des valeurs mobilières*, Bull. Joly, 1993, § 2, p. 16.

LE DILY J., PINTO B. et PREVOST A., *La transmission du portefeuille de valeurs mobilières*, Gaz. Pal., 11 mai 2000, n° 132, p. 25.

LEDOUBLE D., *Droit comptable*, J.C.P. éd. E., 1995, I, 437.

LE GALL J.-P., *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2058.

LEGEAIS D., *L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles*, Dalloz-Litec, Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac, 1999, p. 365.

LEHERISSEL H., *Aspects fiscaux in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 129. (p.29)

LE NABASQUE H., *Les dividendes participent de la nature des fruits*, Rev. Soc., 2000, p. 286.

LE NABASQUE H. *Les actions sont des droits de créance négociables*, Dalloz, Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guyon, *Aspects actuels en droit des affaires*, 2003, p. 671.

LEPELTIER D., *Apports et reprise d'apports dans les associations*, Bull. Joly, 1997, p. 401.

LEROY M., *Le passif fiduciaire*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 58.

LIBCHABER R., *L'usufruit des créances existe t'il ?*, R.T.D. Civ., 1995, p. 615.

LIBCHABER R., *Le portefeuille de valeurs mobilières, bien unique ou pluralité de biens ?*, Defrénois, 1997, art. 36464, p. 65.

LIBCHABER R., *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie)*, Defrénois, 2007, art. 38631, p. 1094.

LIBCHABER R., *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (2ème partie)*, Defrénois, 2007, art. 38639, p. 1194.

LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, in *Studi di diritto civile*, II, Milano, 1964;(p.17, 190, 232)

LORANG A., La fiducie luxembourgeoise, Droit & Patrimoine, novembre 1995, p. 37.

LOY M., La réforme du régime juridique des déclarations de franchissement de seuils, J.C.P. éd. E., 8 septembre 2005, n° 36, 1285.

LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières. Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 283, préface de LORVELLEC L., L.G.D.J., 1997. (p.29, 43, 402)

LUCAS F.-X., *Prêts de titres*, J-Cl. Sociétés, 1991, fascicule n° 2125.

LUCAS F.-X., *Conventions de portage*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse, 1999, fascicule n° 2128.(p.29, 34, 37, 38, 39, 59, 59 nt.85, 61, 61 nt.88, 61 nt.89, 62, 62 nt.90, 63 nt.94, 66, 67, 80 nt.124, 81 nt.125, 86, 86 nt.136, 87, 97, 148, 160, 299) ;

LUCAS F.-X. et NEAU-LEDUC P., *Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance*, Droit des sociétés, novembre-décembre 1999, p. 7.

LUCAS F.-X. et SÉNÉCHAL M., *Fiducie vs sauvegarde*. Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir, D., 2008, p. 29.

LUCET F. et HALBOUT A., *Cession de valeurs mobilières démembrées*, J.C.P. éd. N., 19 févr. 1999, n° 7, p. 356.

LUMINOSO A., *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato diretto* da P.Rescigno, 12 Torino, 1985;

LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 234;

LUMINOSO A., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. Comm.*, I, 2000, 491;

LUMINOSO, A., *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. Notariato*, 2008, 5, p. 997. (p.22, 187)

LUNEL-JURGENSEN A. et GUERANGER F., *Le réméré, la pension et le prêt de titre*, Banque, 1992, p. 144, p. 246 et p. 361.

LUNEL-JURGENSEN A. et GUERANGER F., La pension nouvelle est arrivée, Banque, 1995, n° 556, p. 58.

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014 (p.169, 211, 224, 243).

LYON-CAEN CH. et RENAULT L., *Traité de droit commercial*, Tome II, Des sociétés, L.G.D.J., 5ème éd., 1926.

MAGNIER V., *Les actions de préférence : à qui profite la préférence ?*, D., 2004, p. 2559.

MAILLET C., Les instruments financiers. Pour une approche contractuelle, Thèse Paris V, 2002.

MAIMERI F, *La fiducia a scopo di garanzia*, in BARBA –ZANCHI, (a cura di) *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino,2012, p.327ss. (p.3 nt.2, 160, 162).

MALAURIE Ph. et AYNES L.,

Cours de droit civil, Les biens, Defrénois, 4ème éd., 2010.

Cours de droit civil, Les contrats spéciaux, Defrénois, 4ème éd., 2009.

Cours de droit civil, Les obligations, Defrénois, 4ème éd., 2009.

Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 4ème éd., 2009.

Leçons de droit civil, Tome II, vol. 1, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9ème éd.,1998. Leçons de droit civil, Tome II, vol. 2, Les biens, droits de propriété et ses démembrements, Montchrestien, 8ème éd., 1994. Leçons de droit civil, Tome III, vol.1, Sûretés, Publicité foncière, Montchrestien, 7ème éd.,1999.

- MALLET-BRICOUT B., *Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ?*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 79.(p.257)
- MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principi di causalità*, in *Foro. It*, 1989, I, 1428;
- MARINI Ph., *La modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996. (p.134) ;
- MARINI Ph., *La fiducie, enfin !*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2050.
- MARRAUD DES GROTTES X., *L'usage du démembrement d'un portefeuille de valeurs mobilières*, J.C.P. éd. N., 1993, p. 278.
- MARTIN D. R., *Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires*, D., 1987, p. 230.
- MARTIN D. R., *Conventions de vote, promesses d'achat à prix fixe et conventions de portage*, Les Petites Affiches, 22 mai 1992, n° 62, p. 16.
- MARTIN D. R., *Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait*, La vie judiciaire, 1992, n° 2392, p. 3.
- MARTIN D. R., *Du titre et de la négociabilité* (A propos des pseudo-titres de créance négociables), D., 1993, p. 20.
- MARTIN D. R., *Du gage d'actifs scripturaux*, D., 1996, p. 263.
- MARCOZ C.A., (Consiglio nazionale del notariato), *Il trust in Francia: prime osservazioni sulla legge francese istitutiva della "fiducia"*, n. 2007-211 del 19.02.07, Studio 12008/A (p.2, nt.2)
- MARRELLA F., *Lex mercatoria (voce)*, in *Enc. Dir. Aggiornamento V*, Milano, 2001, 721; (p.14)
- MASTROPAOLO E. M., *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, p 519;

MAURO C., *Conventions de portage et information comptable et financière*, Rev. Soc., 1993, p. 509.(p.29)

MAURO C *Réméré sur droits sociaux et restructurations d'entreprises*, Bull. Joly, 1996, § 162, p. 459.

MELIN F., *Le prêt de consommation de valeurs mobilières : remarques sur la validité d'un instrument contesté*, Les Petites Affiches, 26 sept. 2000, n° 192, p. 4.

MERCADAL B., *Pour la validité des conventions de vote*, R.J.D.A., 1992, p. 727.

MERKIN C. et SAINT-MARS B. de, *Clause résolutoire et transfert de propriété sur le marché des valeurs mobilières*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1994, p. 163.

MERCADAL B. et JANIN P., *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2010.

MERLE Ph., *Droit commercial*, les sociétés commerciales, Précis Dalloz, 14ème éd., 2010.

MESSINEO, F, *Il contratto in generale*, II, Milano, 1972;

MESSINEO, F, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948

MESTRE J., BLANCHARD-SÉBASTIEN C. et VELARDOCCHIO D., *Lamy Sociétés commerciales*, Lamy, 2010.

MESTRE J. et PANCRAZI M.-E., *Droit commercial*, L.G.D.J., 28ème éd., 2009.

MESTRE J., PUTMAN E. et VIDAL D., *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995.

MEUCCI, S., *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. Dir. Priv.* 2007, p. 829;

MINERVINI, G, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 771; (82 nt.127);

MICHA GOUDET R., *Évaluation économique de l'usufruit et cession d'actions*, J.C.P. éd. E., 1997, I, 690.

MICHELIN-FINIELZ S., *L'expertise de l'article L. 226 et l'expertise préventive dans la société anonyme*, *Rev. Soc.*, 1982, p. 33.

MINOR P. et COATALEM C., *De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers*, *Rev. Dr. bancaire et financier*, novembre-décembre 2004, p. 469.

MIRABELLI G., *Contratti in genere*, Torino, 1958;

MONASSIER B., *Transmission d'entreprise*, Francis Lefebvre, 2003.

MONSALLIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Thèse, *Bibl. dr. privé*, Tome 303, préface de VIANDIER A., L.G.D.J., 1998.

MONTALENTI, P. *La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società, i management contracts*, in *Contr e impresa*, 1987, 436,

MONTALENTI, P, *Commento all'art. 2362*, in *Il Nuovo diritto societario*, commentario diretto da G.Cottino-E.Bonfante-O. Cagnasso- P.Montalenti, Bologna-Roma, 2004; (p.71, 73)

MONTALENTI, P, *Il leveraged buy out nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.* 2004, p.791

MONTALENTI, P, *Il lavareged buy out: una sentenza chiarificatrice*, in *Giur. It*, 1996, 195;

- MONTALENTI, P., *Le offerte pubbliche di acquisto*, Milano, 1995.
- MORELLO U., *Fiducia e negozio fiduciario: dalla riservatezza alla trasparenza*, in *Trust in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 1996, p.86;
- MORELLO U., *La frode alla legge*, Milano, 1969;
- MORELLO U., *Negozio giuridico. VI. negozio in frode alla legge (voce)*, in *Enc. Giur Treccani*, XX, Roma, 1990; (p.26)
- MORELLO U., *Frode alla legge (voce)*, in *D.disc.priv.sez.civ.*, Torino, 1992, 501
- MORELLO U., *Fiducia e trust, due esperienze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1990, 251;
- MORELLO U., *Fiducia, Trust, mandato ed agency*, in *Convegno di studi di Madonna di Campiglio*, Milano, 1991; (p.26)
- MONASSIER B., *La société holding et la transmission de l'entreprise*, J.C.P. éd. N., 1987, p. 225.
- MONASSIER B. *Typologie des conventions de portage in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 119.
- MONDINO J., *La fiducie : aspects comptables*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2057.
- MONSÈRIÉ-BON M.-H. et GROSCLAUDE L., *Usufruit des droits sociaux : le droit des sociétés rattrapé par le droit civil*, *Droit & Patrimoine*, juillet/août 2004, p. 42.
- MORRIS-BECQUET G., *De la nature juridique des dividendes*, D., 2000, p. 552.
- MORTIER R., *La modernisation du droit des sociétés*, J.C.P. éd. E., 9 octobre 2008, n° 41, 2233.

MORTIER R. et LE MENTEC F., *Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 82.

MOTULSKY H., *De l'impossibilité juridique de constituer un « trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, Rev. Crit. D.I.P., 1948, p. 451.

MOUSSERON J.-M., *Les devenirs des conventions de portage* in Spécial conventions de portage, Rev. Dr. Bancaire et bourse, 1991, p. 131.(p.29)

MOUSSERON J.-M *Valeurs, biens, droits*, Dalloz, Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, 1991, p. 277.

MOUY S. et VAUPLANE H. de, *La réforme du nantissement des titres dématérialisés*, Banque et droit, 1996, p. 3.

MOUY S. et VAUPLANE H. *Gage sur titres : une réforme innovante*, Banque, 1996, p. 54.

MULLER A.-C., *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Thèse Paris II, 2001.

MUNARI A., *Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese*, in *Giur. Comm*, 1993, I, 129;(p.26)

MUTI M., *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano, 1986;

NAFTALSKI F., POITRINAL F.-D. et PAROT J.-C., *Les conventions de portage*, Droit des Sociétés, mai-juin 1997, n° 33, p. 1. (62 nt.90, 64 nt95, 78 nt.116) ;

NANNI L., *L'interposizione di persona*, Padova, 1990;

NAJJAR I., *La couverture du marché à terme*, D., 1993, p. 45.

NEAU-LEDUC Ph., *Les contraintes fiscales de la fiducie*, R.D.C., 1er juillet 2007, n° 3, p. 861.

NERI, A. *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla 'fiducie'* in *Trust e Attività Fiduciarie* 2006 p.531ss; (p.2 nt.2)

NERI, A. *La recente legge francese sulla fiducie. una fiducia con molti limiti*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, p.569ss.; (p.2 nt.2; p.4, 104 nt.202, 106, 123, 161);

NIZARD F., *La notion de titre négociable*, Thèse, Coll. Pratique du droit, Economica, 2003.

NIZARD F., *Le transfert de propriété des valeurs mobilières : une réforme inachevée*, Rev. Soc., 2004, p. 619.

NORMAND J., *Les opérations bancaires de pension*, R.T.D. Com., 1966, p. 791.

NOTARI M., *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1996;

OBERTO G., *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 376;

OLLARD R., *La fiducie : aspects de droit pénal*, R.S.C., 2009, p. 545.

OPPO G. *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, Milano, 1987;

OPPO G., *I contratti parasociali*, Milano, 1942;

OPPETIT B., *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, *Archives de philosophie du droit, Tome XXVII*, « Sources » du droit, Sirey, 1982, p. 43.

OPPETIT B. *La notion de valeur mobilière*, Banque et Droit, n° hors série, L'Europe et le droit, 1991, p. 4.

ORESTANO A., *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000;

- PACAUD B., *Le compte de titres démembrés*, Defrénois, 2000, art. 37149, p. 465.
- PACLOT Y., *Remarques sur le démembrement des droits sociaux*, J.C.P. éd. E., 1997, I, 674.
- PACLOT Y. *La réforme des instruments financiers par l'ordonnance du 8 janvier 2009*, Bull. Joly Bourse, 2009, § 9, p. 59.
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Bibl. dr. com., Tome 18, préface de LOUSSOUARN Y., Sirey, 1967.
- PAILLUSSEAU J., *Le droit moderne de la personnalité morale*, R.T.D. Civ., 1993, p. 705.
- PAILLUSSEAU J., *L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle*, Banque et Droit, janvierfévrier 1994, p. 18. et s.
- PANDO A., *La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques*, Les Petites Affiches, 23 janvier 2009, n° 17, p. 3.
- PANZARINI E., *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di A. Palma, Milano, 2003;
- PATAT C., *Variations autour d'un thème soi-disant connu : le démembrement de propriété*, J.C.P. éd. N., 1990, p. 674.
- PAPPADA' D., *Il registro francese delle fiducie*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2010; (p.3 nt.2, 127, 130);
- PAPPADA' D., *L'EIRL: nuovo esperimento 'di separazione patrimoniale*, in *Trust e Attività fiduciarie*, 2011; (p.3 nt.2; p.7)
- PAPPADA' D. *L' avvocato fiduciario*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2012; (p.3 nt.2; p.6)

PAPPADA'D, *La fiducia nel codice civile rumeno*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013; (p.3 nt.2)

PAPPADA'D, *Il Trust in Francia: nuovi profili fiscali*, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013; (p.3 nt.2, 102 nt.199; 110, 132)

PAPPADA'D, *L'emulazione del trust in Francia*, in www.comparazionedirittocivile.it; (p.3 nt.2; p.6, 124, 136)

PELLICANO' A., *Il problema della simulazione dei contratti*, Padova, 1988;

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *riv.crit. dir.priv.*, 2001, p.232;

PEGUET P. et FRANCOIS-MARSAL H., *Fiducie et portage, quelques remarques complémentaires*, *Banque et droit*, 1991, n° 16, p. 64.(p.29)

PELLIER J.-D., *Regard sur la fiducie-sûreté*, *Les Petites Affiches*, 21 mars 2007, n° 58, p. 6.

PENNEAU J., *De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales*, J.C.P. éd. C.I., 1975, II, 11776.

PERROT A., *La vente à réméré de valeurs mobilières*, R.T.D. Com., 1993, p. 1.

PERROT A *Pension de titres et transfert de propriété*, *Rev. Dr. bancaire et bourse*, 1994, p. 252.

PERROT R., *Le mandat irrévocable*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1954, p. 445.

PESCATORE G, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, (p.311, 313,314, 317, 321, 326, 328, 378, 382)

PETRELLI, *Proprietà destinata, fiducia e situazioni giuridiche condizionate*, in *Il contributo della prassi notarile all'evoluzione della*

disciplina delle situazioni reali ,a cura della Fondazione italiana del Notariato, Milano 2015, p.99ss (p.338, 342,374)

PETIT B., *La fin de la treuhandanstalt : création de nouvelles contraintes juridiques et insertion dans le marché pour les nouveaux länder allemands*, Les Petites Affiches, 6 janvier 1995, p. 21.

PETRONI-MAUDIÈRE N., *Aménagement du régime de la fiducie tel qu'il avait été complété par l'ordonnance*, E.D.F.P., 1er juillet 2009, n° 4, p. 6.

PIAZZA N, *Patto leonino (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1982

PICONE L.G., *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contr.e impr.*, 1987, 803;

PIEDELIEVRE A., *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, L.G.D.J., Montchrestien,

PIEDELIEVRE A., *Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006*, Defrénois, 2006, art. 38393, p. 791.

PIEDELIEVRE A., *La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007*, Gaz. Pal., 26 mai 2007, n° 146, p. 2.

PIERRE J.-L., *Quelle neutralité fiscale pour la fiducie ?*, Droit & Patrimoine, octobre 2009, p. 95.(p.29)

PILLEBOUT J.-F., *Réflexions sur le droit d'usufruit*, J.C.P. éd. N., 1977, p. 173

PINO A, *Il patrimonio separato*, Padova, 1950 (p.317)

PLANIOL M. et RIPERT G.,*Traité pratique de droit civil français*, Tome III, Les biens, par PICARD (M.), L.G.D.J., 2èmeéd., 1952.

PORTALIS, *Discours préliminaire au projet de Code civil*, Confluences, Collection Voix de la Cité.

- PRAICHEUX S., *Les sûretés sur les marchés financiers*, Thèse, Banque, 2004.
- PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Thèse, préface de VIANDIER A., Litec, 1992.
- POITRINAL F.-D., *L'usufruit conventionnel d'actions, un outil financier méconnu*, Banque et Droit, 1993, n° 31, p. 3 et s.
- POITRINAL F.-D., *Les clauses de tontine dans les sociétés de capitaux*, Rev. Soc., 1996, p. 731.
- POLLAUD-DULLIAN F., *L'actionnaire dans les opérations de portage*, Rev. Soc., 1999, p. 765.(p.29)
- PONTON-GRILLET D., *Les aspects fiscaux de la relation entre usufruitier et nu-propiétaire*, D., 1989, p. 250.
- PRAICHEUX S., *La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique*, Bull. Joly Bourse, 2009, § 21, p. 144.
- PRAT J.-F., *Conventions de portage et droit boursier in Spécial conventions de portage*, Rev. Dr. Bancaire et bourse, 1991, p. 126.(p.29)
- PRIEUR J., *Opérations sur titres*, Dictionnaire Joly, Bourse et produits financiers, 1990-1.
- PRIEUR J., *Opérations de portage*, Dictionnaire Joly, Bourse et produits financiers, 1994-2. (p.29)
- PRIEUR J., FERRET J.-P. et DEBRABANT B., *Vulnérabilité des démembrements sur les titres*, Droit & Patrimoine, colloque au sénat, janvier 1995, p. 29.
- PRIEUR J., FERRET J.-P. et GIRAY M., *Pacte familial et transmission d'entreprise*, Droit des sociétés, 1992, n° 6, p. 8.

PRIEUR J., FERRET J.-P. et ROUSSEL F., *Aspects de droit des sociétés, Démembrement, utilisation du quasi-usufruit – montages*, Droit & Patrimoine, novembre 1999, p. 71.

PUGLIATTI, S., *La simulazione nei negozi unilaterali*, ora in *Diritto civile, Metodo Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, 1958; (p.167, 232, 247)

PUGLIATTI, S., *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, In *Studi in onore di Messineo*, Milano, 1958;

PUGLIESE A., *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. Dir. Comm.* 1990, I, 161;

PUIG P., *Les techniques de préservation de l'exécution en nature*, R.D.C., 2005, p. 85.

PUIG P. *La fiducie et les contrats nommés*, Droit & Patrimoine, juin 2008, p. 68. (p.295).

PUTTI P.M. *Negozio fiduciario (voce)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez.Civ.*, Torino, 2003, 111 ; (148 nt.262)

RABITTI BEDOGNI C., *L'interposizione di persona nel mercato finanziario*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 1996, 263;

RABUT A., *Le droit des bourses de valeurs et des agents de change*, Litec, 1983.

RAVELET M., *Les conventions de portage*, Les Petites Affiches, 18 mars 1991, n° 33, p. 4.(p.29)

RAYNAUD P., *Cours de droit civil*, Les cours du droit, cours n° 210, 1973-1974.

RAYNOUARD A., *Ultimes modifications de la fiducie par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, J.C.P. éd. N., 12 juin 2009, p. 3.

- REBATTET Ph., *Un nouvel outil pour la construction de la fiducie*, Droit & Patrimoine, avril 2009, p. 24.
- RENET T., *La clause légale*, Dalloz-Litec, Mélanges en l'honneur de Michel Cabrillac, 1999, p. 277.
- REYMOND C., *Vers une autre fiducie ?*, Bruylant Bruxelles, Mélanges en hommage à Pierre Van Ommeslaghe, 2000, p. 659.
- REINHARD Y., *La holding familiale*, Defrénois, 2001, art. 37313, p. 291.
- REINHARD Y. *Exécution en nature des pactes d'actionnaires*, R.D.C., 2005, p. 115.
- REICHARDT A., *Le prêt d'actions*, Thèse Strasbourg, 1981.
- RENAUDIE I., *La dissociation des prérogatives financières et de gouvernement dans les sociétés*, Thèse Paris X, 1989.
- RESCIO G. A., *I sindacati di voto*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1995; (p. 75, 76 nt.112);
- REYGROBELLET A., *La notion de valeur mobilière*, Thèse Paris II, 1995.
- RICCI E.F., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in Riv. Dir.proc., 1994, p. 652;
- RIMINI E., *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002;
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2ème éd., 1951.
- RIPERT G. *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 2ème éd., 1949.
- RIPERT G. *Le déclin du droit*, ch. III, Sous la servitude des lois, L.G.D.J., 1949.

RIPERT G *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 1936.

RIPERT G *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955.(p.138 nt.130)

RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, Tome I, Volume II, Les sociétés commerciales, par GERMAIN

RIVIERE M.-I., *Les contrats portant sur les valeurs mobilières*, Thèse Paris I, 1997.

ROBERT-CADET I., *L'usufruit des droits sociaux*, Les Petites Affiches, 19 mai 2000, n° 100, p. 54.

ROBINE D., *La réforme du transfert de propriété des valeurs mobilières*, Les Petites Affiches, 22 septembre 2005, n° 189, p. 49.

ROCHFELD J., *La fiducie spéciale ou le droit à deux vitesses*, R.T.D. Civ., 2007, p. 412.

RODRIGUEZ K., *L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés*, Bull. Joly, 2004, § 63, p.

ROLAND H. et BOYER L.,

Locutions latines du droit français, Litec, 4ème éd., 1998.

Locutions latines du droit français, Litec, 3ème éd., 1993.

Locutions latines et adages du droit français contemporain, éd. L'Hermès, 1979.

ROMANO S., *Contributo esegetico alla teoria della simulazione*, in RTPC, 1954, p. 46;

ROPPO U., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1981;

- ROSE L., *Droit de vote et démembrement des titres sociaux. peut-on priver le nu-propriétaire de ses droits de vote ?*, Gaz. Pal., 4 septembre 2001, n° 247, p. 7.
- ROUVILLOIS F., *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Dalloz, 2005.
- RUBINO M., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939
- RUBINO M., *La compravendita*, Milano, 1962;
- RUBINO S., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937;
- SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1996;
- SACCO R., *Simulazione (diritto civile)*, in *Enc. Giur. XXVIII*, Roma 1992
- SACCO R. *Il contratto*, Torino, 1975;
- SAINTOURENS B., *La flexibilité du droit des sociétés*, R.T.D. Com., 1987, p. 478.
- SALAFIA V. *Applicabilità dell'art. 2362 nel caso dell'interposizione fittizia*, in *Le Società*, 2003, p.575;
- SALAFIA V., *Il leveraged buy out nella riforma societaria*, in *le Società*, 2004, p.935;
- SALAH M.-M., *La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires*, Rev. Jurisp. Com., 1997, p. 297, 1ère partie. Rev. Jurisp. Com., 1998, p. 1, 2ème partie.
- SAUVAGE F., *Les nouvelles frontières du quasi-usufruit*, J.C.P. éd. N., 2000, p. 691.
- SANTORO L. *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002 (p.17, 216, 217, 219, 226, 231, 239,251)

- SANTORO L., *Il Trust in Italia*, Milano, 2005 (p.17)
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (p.8)
- SAUTAI P., *L'usufruit des valeurs mobilières*, Thèse Paris, 1925. Idem Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly, Pratique des affaires, 1999. Idem Les droits de la minorité dans la société anonyme, Thèse, Bibl. dr. com., Tome 21, préface de BISCHOFF J.-M., Sirey, 1970.
- SCALISI V., *Negoziato astratto (voce)*, in *Enc. Dir. XXVIII*, Milano, 1978; (p.17)
- SCIUTO M. SPADA P., *Il tipo delle società per azioni*, Milano 2003 (p.323)
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei requisiti del contratto, Commentario del Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G.Branca, XXVII*, Bologna-Roma, 1970
- SCHMIDT D., *Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?*, Rapport de synthèse, JCP éd. E., 1996, C.D.E., n° 4, p. 25.
- SCHMIDT D., *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in Les opérations fiduciaires, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 29. (p.29, 36, 97, 142, 153, 362)
- SCHMIDT D. et BAJ C., *Réflexions sur la notion d'action de concert*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1991, p. 86.
- SCHMIDT D. et BAJ C., *Récentes évolutions de l'action de concert*, Rev. Dr. bancaire et bourse, 1992, p. 184.
- SERIAUX A., *Droit des obligations*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2006.
- SERLOOTEN P., *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 9ème éd., 2010.
- SEEL-VIANDON E., *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, Thèse Paris II, 1979.

SEXER Y., *Gage sur titres de compte d'instruments financiers et procédure collective du débiteur*, Bull. Joly, 2004, § 117, p. 285.

SERVAN-SCHREIBER P., *La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? Comparatif fiducie/stitching*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2055.

SIRINELLI P., *Le quasi-usufruit*, Les Petites Affiches, 21 et 26 juillet 1993, n° 87, p. 30 et n° 89, p. 4.

SIRUGUET J.-L. et FERRARI A., *Le réméré : une technique contestable ?*, Banque, 1991, p. 385.

SOUMRANI P., *Le portage d'actions*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 260, préface de OPPETIT B., L.G.D.J., 1996. (p.29, 37, 106, 141, 153, 302).

STELLA RICHTER JR M. *Il trust nel diritto italiano delle società*, in *Banca e borsa*, 1998, 484;

STOLFI M, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.* 1957, I,767

STORCK M., *Les groupements de copropriétaires d'actions*, Rev. Soc., 1983, p. 293.

STORCK M, *La réglementation des conventions de vote*, Rev. Jurisp. Com., 1991, p. 97.

STORCK M, *La responsabilité encourue pour le défaut d'exigence de couverture d'opérations à terme*, D., 1992, p. 71.

STORCK M, *La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières*, Litec, Mélanges offerts à Pierre Catala, 2001, p. 695.

STORCK M, *Gage de compte d'instruments financiers*, R.T.D. Com., 2005, p. 375.

STREIFF Y., *La loi du 4 juillet 1990 créant les fondations d'entreprise et modifiant les dispositions sur le mécénat*, Bull. Joly, 1990, § 259, p. 835.

SYNVET H., *L'objet du gage de compte d'instruments financiers*, Litec, Mélanges offerts à Jacques Béguin, Droit et actualité, 2005, p. 719.

SZRAMKIEWICZ R., *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Précis Domat, 1989.

TANDEAU DE MARSAC S., *La SAS, outil de transmission d'entreprise ?*, Bull. Joly, 1999, § 2, p. 28.

TANDEAU DE MARSAC S. *L'avocat et la fiducie*, Gaz. Pal., 6 août 2009, n° 218, p. 4.

TAURAN Th., *Les distinctions en droit commercial*, Les Petites Affiches, 12 septembre 2006, n° 294, p. 6.

TUNC A., *Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes*, Rev. Gen. Dr. Com., 1942, p. 5.

TEDESCHI C, *Sul divieto del patto leonino*, in NGCC, 1995, I, 1169;

TOMBARI U. ZOPPINI A., *Direzione e coordinamento di società*, in *Fiducia e trust*, 2005, 13

TRIMARCHI P., *Coercibilità dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco* a cura di F. Bonelli e P:G.Jaeger, Milano, 1993;

TUCCI A., *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari 2005;(p.75)

UGOLINI S, *Verso il riconoscimento del contratto di fiducie nel codice civile francese?* In *Contr e impr/Europa*,2006 ,p 366ss (p.2 nt.2)

UGOLINI S *Il trust e la nuova legge francese sulla fiducie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 309-331(p.2 nt.2, 161)

TERRE F., SIMLER Ph., *Droit civil*, Les biens, Précis Dalloz, 8ème éd., 2010.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil*, Les obligations, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009.

TERRE F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 2, préface de LE BALLE (R.), L.G.D.J., 1957.

THALLER E., *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau, 3ème éd., 1904.

TREBULLE F.-G., *L'émission de valeurs mobilières*, Thèse, Coll. Recherches juridiques, préface de GUYON Y., Economica, 2002.

TROPLONG, *De la vente*, Tome II, Paris, 5ème éd., 1856.

UETTWILLER J.-J., *Avocat et fiducie*, Droit & Patrimoine, mars 2009, p. 26.

URBAN Q., *Les prêts d'actions à des administrateurs dans la stratégie des groupes de sociétés, une pratique juridique périlleuse*, J.C.P. éd. G., 2000, I, 232.

VALENTE F., *Nuovi profili della simulazione della fiducia*, Milano, 1961 (p.224)

VASSEUR M., *L'ingénierie financière*, I, Description, Banque, 1990, p. 7.

L'ingénierie financière, II, Le point de vue juridique, Banque, 1990, p. 116.

VAUDOYER J., *Le régime fiscal des cessions temporaires de titres*, Dr. fiscal, 1992, p. 1284.

VAUPLANE H. de, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier*, J.C.P. éd. E., 6 septembre 2007, n° 36, 2051. (p. 87 nt. 142, 94 nt. 176, 386).

VAUPLANE H. de et BORNET J.-P., *Droit de la bourse*, préface de GERMAIN M., Litec, 1994.

VAUPLANE H. de et BORNET J.-P., *Droit des marchés financiers*, préface de GERMAIN M., Litec, 3ème éd., 2001.

VAUPLANE H. de, *De l'influence des réformes du marché financier sur les négociations en bourse et sur ses intermédiaires*, Thèse Paris II, 1991. (p.386)

VENOSTA F, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv.dir.civ.*2011, I, p.839-859. (p.178, nt.306, 224).

VIDAL D., *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 7ème éd., 2010.

VIANDIER A., *La notion d'associé*, Thèse, Bibl. dr. privé, Tome 156, préface de TERRE F., L.G.D.J.,1978. Idem OPA, OPE et autres offres publiques, Francis Lefebvre, 1999.

VIENOT M., *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, C.N.P.F.-A.F.E.P., 1995.

VIANDIER A., *Observations sur les conventions de vote*, J.C.P. éd. E., 1986, 15405.

VIANDIER A *L'Europe et le droit des valeurs mobilières*, Bull. Joly, 1991, § 205, p. 575.

VIANDIER A *Les actions de préférence*, J.C.P. éd. E., 2004, 1440.

VOIRIN P., *Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales*, D., 1931, p. 49.

WAHL A., *Des mandataires aux assemblées générales dans les sociétés par action*, J. soc., 1905, p. 97.

WIEDERKEHR G., *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*, Études offertes à Alfred Jauffret, 1974, p. 661.

WITZ C., *Un texte exemplaire : le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*, *Droit et pratique du commerce international*, 1984, p.139.

WITZ C., *Les transferts fiduciaires à titres de garantie in Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 73. Rapport introductif du colloque de Luxembourg in *Les opérations fiduciaires*, coll. FEDUCI, L.G.D.J., 1985, p. 5.

WITZ C., *Réflexions sur la fiducie-sûreté*, J.C.P. éd. E., 1993, I, 244.

WITZ C., *Vente à réméré*, J-Cl. Civil, 1993, Article 1659 à 1673.

WITZ C., *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au trust*, D., 2007, p. 1369.

WITZ C., *La fiducie en droit privé français*, Thèse, préface de SCHMIDT D., *Economica*, 1981 (p.85, 85 nt. 135, 86 nt.136, 97, 148, 149, 302, 262, 279).

ZENATI F. et REVET Th., *Les biens*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 3ème éd., 2008.

ZENATI F., *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, R.T.D. Civ., 1993, p. 305.

ZOPPINI A., *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di eterogestione*, in *Banca e borsa*, 2006 ,p 574; (p.66 nt.100, 196, 323).