

UNIVERSITA' degli STUDI di SALERNO
**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI
GIURISPRUDENZA)**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA**
XIII CICLO - NUOVA SERIE

TESI DI DOTTORATO
(ABSTRACT)

La 'fiducia' nell'esperienza italiana e francese

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Pasquale Stanzione

DOTTORANDA

Dott.ssa Federica Trotta

TUTOR

Ch.ma Prof.ssa Elvira Autorino

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

Lo scopo di questo studio è 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 law*, nel tentativo di proporre, per quanto possibile, una ricostruzione inedita e problematica della fiducia.

L'obiettivo è quello di esplorare la semantica del negozio fiduciario in Francia e in Italia, attraverso l'individuazione dello specifico formante *separazione patrimoniale* indagando le operazioni fiduciarie e la proprietà fiduciaria.

Coefficiente di catalizzazione di tutto il lavoro di ricerca è rappresentato dalla Legge Francese sulle *Fiducie*, che costituisce un *unicum* nel panorama del diritto continentale occidentale.

Il lavoro è stato delineato affrontando 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*.

Il quadro di indagine può essere così prospettato.

Si è cercato di esplorare l'aspetto più pregnante del negozio fiduciario, ovvero quello della sua rilevanza esterna e, quindi, 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 negoziale, approdando ad una risposta diversa da parte dell'ordinamento italiano rispetto a quello francese.

Il negozio fiduciario si presenta nell'ordinamento francese in un panorama disaggregato dovuto alla contestuale presenza di una pluralità di fattispecie, riconducibili ad ipotesi c.d. positivizzate, che sebbene rinvercano nell'elemento fiduciario un coefficiente referenziale unitario, sono dotate di un polimorfismo tale, da impedire una trattazione unitaria del negozio fiduciario medesimo.

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 della fiducia, globalmente inteso.

Si è osservato che vi è un prima e un dopo la Legge istitutiva, e che questa scansione temporale condiziona il margine applicativo delle *fiducie* nominate e innominate.

Prima della *fiducie* esistevano, infatti, delle fattispecie fiduciarie innominate, relegate a singole ipotesi, normativamente previste, che si atteggiavano a casistica limite, dopo 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.

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 che vengono di fatto legittimate rinvenendo nella *fiducie* una normativa dispositiva di *default*.

La fiducia, pertanto, accredita implicitamente una *reductio ad unum* del negozio fiduciario francese con la conseguenza che uno dei criteri qualificanti della fiducia nell'ordinamento francese è

rappresentato dal c.d. modello attributivo basato sul trasferimento di proprietà di beni dal fiduciante al fiduciario, con connessa creazione di una proprietà fiduciaria.

In tal modo si assiste al superamento del principio dell'unità dominicale ed alla introduzione del regime speciale della proprietà fiduciaria. 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 autodichiarata.

Nel secondo capitolo, si è affrontato il negozio fiduciario nell'ordinamento italiano, verificando il grado di recezione degli *input* dottrinali, nella prassi negoziale, per indagare le singole fattispecie riconducibili al formante fiducia.

Nell'ordinamento italiano, infatti, 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) il negozio fiduciario resta un istituto di *receptione morbus*, ovvero un istituto in cui la conformazione tipologica e la disciplina normativa sono prodotto di una stratificazione dottrinale, sottoposta ad una prova controfattuale da parte della giurisprudenza.

Sebbene in Italia 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 credendi*, si è ritenuto nel presente studio che il tracciato della prassi e le soluzioni escogitate dalla dottrina consegnino un profilo di rilevanza esterna c.d. mediata, della *causa fiduciae*.

Nel terzo capitolo è stato preso in esame il formante *separazione patrimoniale*, proponendo: da un lato, 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; dall'altro si è cercato di individuare il *criterio informatore* della proprietà fiduciaria, riconducendolo al concetto di c.d. fiducia tecnica.

Sotto il primo profilo, si è provato 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

Si è indagato, 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. Una volta individuato il rapporto tra fiducia e separazione patrimoniale, si sono analizzate alcune fattispecie, che costituiscono delle c.d. figure sintomatiche della diffusività delle operazioni fiduciarie.

In ambito francese, l'analisi si è concentrata sull'individuazione dei principali punti di torsione nelle c.d. fattispecie nominate, ovvero le difficoltà che l'interprete incontra nel discernere il profilo di liceità da quello di contrarietà a norme imperative o di frode alla legge.

Si è tentato di delineare l'archetipo *fiducie* e la progressiva riconversione, che il Legislatore Francese ha compiuto, attraverso gli interventi normativi dalla opzione unitaria del contratto fiduciario alla creazione di due autonome figure di contratto, latamente corrispondenti alla *fiducia cum amico* e *cum creditore*.

Per quanto attiene, invece, al diritto italiano, vengono analizzate le singole fattispecie, in cui si comprendono le problematiche di maggior pregnanza tecnico-giuridica, in tema di operazioni fiduciarie.

Nel contesto nostrano si è cercato di perimetrare le soluzioni consentite dall'ordinamento per portare ad esecuzione la convenzione fiduciaria, qualora il fiduciario sia recalcitrante, saldando la c.d. rilevanza esterna della *causa fiduciae*. Si è osservato in che modo la giurisprudenza di legittimità e quella di merito abbiano 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.

Data la vastità dell'argomento negozio fiduciario è stato 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.

Si è ritenuto cioè di non poter 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, sia di efficacia euristica c.d. derivata, perché dotati di idoneità inferenziale, in ordine al formante generale fiducia.

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 sono state poste 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* ha determinato il passaggio definitivo della fiducia, da un sistema di *reception 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 un sistema relegato alle operazioni di *reception 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.

Si è 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 trasmissione 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 le operazioni fiduciarie sono indagate, in primo luogo, sul piano descrittivo, al fine di valutare il piano differenziarle rispetto alle fattispecie simulatorie.

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. Ciò non toglie, tuttavia, 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.

In Italia infatti, il divieto del patto commissorio, il principio della *par condicio creditorum* ed il principio della responsabilità patrimoniale del debitore possono 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.

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.