

DISCIPLINA DEL MANDATO FIDUCIARIO A SCOPO DI AMMINISTRAZIONE O DI GARANZIA MEDIANTE L'INSERIMENTO NEL CODICE CIVILE DELL'ART. 1709-BIS(*)
(disegno di legge N. 2751)

È diffusa l'esigenza di un intervento legislativo che abbia a regolare in modo autonomo ed adeguato il fenomeno della intestazione fiduciaria, anche per le dimensioni sempre più vaste che esso è andato assumendo nell'economia moderna, quale strumento duttile di circolazione delle ricerche, specialmente mobiliari.

La nostra attuale legislazione (legge 23 novembre 1939, n. 1066, e decreto-legge 16 febbraio 1987, n. 27, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 aprile 1987, n. 148) si occupa solo della disciplina delle società autorizzate all'esercizio dell'attività fiduciaria, ma in modo quanto mai limitato ed incompleto.

Molteplici e per lo più apprezzabili sono le ragioni per le quali un numero crescente di soggetti, allo scopo di realizzare specifici intenti, si induce ad intestare ad estranei — in cui ripone fiducia — propri beni o a lasciare ad essi intestati quelli acquistati per loro conto, così che questi ne appaiono i proprietari nei confronti dei terzi, mentre in realtà sono dei meri mandatari senza rappresentanza dei primi e, in ultima analisi, delle persone da essi interposte.

La essenza del rapporto in esame viene comunemente ravvisata nel fatto che si ricorre ad un mezzo (quale l'intestazione) che è esuberante rispetto allo scopo (in genere di amministrazione o di garanzia) ed altresì nella circostanza che il fiduciario agisce a proprio nome.

Nel caso della fiducia a scopo di amministrazione il fiduciario in genere agisce per esclusivo conto e rischio del fiduciante, mentre in quello specifico a scopo di garanzia agisce anche nel proprio interesse.

(*) Il disegno di legge fu presentato alla Presidenza del Senato il 22.5.1991 e venne assegnato alla Commissione Giustizia il 29.5.1991. È stato ripresentato nella XI Legislatura al Senato con il disegno di legge N. 44 e alla Camera dei Deputati con il n. 1220.

La duttilità dello strumento rispetto allo scopo costituisce una delle principali ragioni della sua fortuna.

Una delle caratteristiche di fondo dell'istituto in parola è tuttavia rappresentata dal duplice rischio dell'abuso del fiduciario o del suo dissesto. Ciò pone l'esigenza di una adeguata tutela dei diritti del fiduciante, dei suoi aventi causa e dei suoi creditori.

Attualmente può dirsi che il fiduciante è abbandonato alla mercé del fiduciario a causa della mancanza di una adeguata disciplina legislativa e di affermate opinioni correnti in dottrina (per tutti si veda G. MESSINA, *Scritti giuridici*, Milano, 1948, volume I, pp. 32, 53-101, 105-120) e in giurisprudenza (Cass. civ. a Sezioni unite, sentenza n. 6478 del 10 dicembre 1984; Cass. civile, sentenza n. 5663 del 18 ottobre 1988) ispirate alla fiducia romanistica.

È noto come quest'ultima (a differenza di quella germanistica) considera la proprietà del bene trasferita effettivamente al fiduciario con effetto *erga omnes* e cioè compreso lo stesso fiduciante. Quest'ultimo avrebbe solo un diritto di credito alle restituzioni e alla esecuzione dell'incarico nei confronti del fiduciario.

Codesto modo di vedere porta a due inaccettabili conclusioni e cioè: *a*) esclude che il fiduciante abbia la possibilità di rivendicare i beni nei confronti del fiduciario o dei suoi aventi causa, anche se costoro non provano di essere in buona fede; *b*) nega la esperibilità di un'azione di simulazione del negozio di trasferimento perfino agli aventi causa o creditori del fiduciante.

Questo disegno di legge propone all'opposto ed in modo esplicito che il fiduciante continui a conservare la proprietà sostanziale del bene (quella economica). Ciò che viene trasferito dal fiduciario è solo la proprietà formale (cioè la mera legittimazione).

Questo ordine di idee corrisponde alle soluzioni che sono state date in paesi dove l'istituto fiduciario ha avuto larga diffusione, quali la Germania e la Svizzera, ed è in sintonia nel nostro ordinamento con gli artt. 1706, 1° comma, e 1707 del c.c. in materia di acquisti del mandatario senza rappresentanza e, sotto l'aspetto tributario, con l'art. 20 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 1989, n. 154, che, modificando il decreto del Presidente della Repubblica, 29 settembre 1973, n. 600, assoggetta ad imposizione fiscale il fiduciante.

La proposta qui avanzata conduce, in ultima analisi: *a*) a consentire al fiduciante e ai suoi aventi causa la esperibilità della rivendica nei confronti del fiduciario; *b*) a considerare proponibile da parte dei creditori del fiduciante l'azione di simulazione nei confronti del fiduciario.

In questo senso il disegno di legge proposto generalizza la disposizione contenuta nell'art. 1706, 1° comma, del c.c.: cioè afferma senza equivo-

ci la applicabilità del principio sotteso a quella disposizione, estendendola anche alle cose o crediti trasferiti dal fiduciante al fiduciario e non solo acquistati con danaro del primo.

Il disegno di legge prevede anche in modo esplicito, accanto alla fiducia a scopo di amministrazione, quella a scopo di garanzia (*fiducia cum creditore*).

A riguardo di quest'ultima si riconosce formalmente al fiduciario il diritto di ritenzione nei confronti del fiduciante e di terzi suoi aventi causa e creditori sino a che l'obbligazione garantita non venga estinta.

Il diritto di ritenzione viene affermato per ogni tipo di intestazione fiduciaria anche per le anticipazioni, le spese e i corrispettivi pattuiti. Nelle ipotesi di dissesto del fiduciario, i crediti e le cose potrebbero essere oggetto di rivendica dal fiduciante ove naturalmente venga provata con scritture aventi data certa la anteriorità della pertinenza dei crediti e delle cose al fiduciante e in definitiva del negozio fiduciario precedentemente intervenuto. Deve prendersi in considerazione del resto anche la ipotesi che non intervenga già il dissesto del fiduciario, ma possa intervenire il dissesto del fiduciante.

Il disegno di legge proposto limita la ammissibilità della intestazione fiduciaria (sia essa a scopo di amministrazione o di garanzie) solo ai crediti e alle cose mobili e ne esclude la ammissibilità per gli immobili, perché quivi il negozio fiduciario non appare trascrivibile ai sensi degli artt. 1643 e 1645 del c.c.

La formula proposta dichiara espressamente applicabili le norme sul pegno, con particolare riguardo alla realizzabilità del bene oggetto di *fiducia cum creditore*, e la norma di cui all'art. 2744 del c.c., in materia di divieto del patto commissorio.

A quest'ultimo riguardo si richiamano qui le recenti sentenze delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, 3 aprile 1989, n. 1611, e 21 aprile 1989, n. 1907.

Art. 1.

1. Dopo l'art. 1709 del c.c. è inserito il seguente:

«Art. 1709-bis. - *Mandato fiduciario.* - *Nel rapporto che ha per oggetto la intestazione fiduciaria di titoli ed altre cose mobili, a scopo di amministrazione o di garanzia, la proprietà appartiene al fiduciante.*

Nel mandato a scopo di amministrazione, il fiduciario è tenuto a consegnare o restituire i beni al fiduciante, su semplice richiesta di questi, con il rispetto del preavviso convenuto. Il fiduciario ha diritto di ritenzione sui beni per le anticipazioni effettuate ed i corrispettivi pattuiti.

DISEGNI DI LEGGE ED INTERROGAZIONI

Nel mandato a scopo di garanzia il fiduciario ha diritto di ritenere i titoli e le cose, anche nei confronti di terzi, sino all'adempimento delle obbligazioni garantite, ed al pagamento dal fiduciante delle spese e dei corrispettivi di amministrazione convenuti.

Si applicano le norme in materia di pegno ed il divieto previsto dall'art. 2744 del c.c.

Sono salvi i diritti dei terzi di buona fede.

Non è ammessa la intestazione fiduciaria di beni immobili».