

**Concludiamo
l'analisi, iniziata
sullo scorso numero,
degli strumenti giuridici
in nostro possesso
per il trasferimento
provvisorio
della farmacia.
Illustrando,
nel dettaglio, il ricorso
a un contratto atipico**

DI MARCELLO TARABUSI
E GIOVANNI TROMBETTA
STUDIO GUANDALINI, BOLOGNA

Il negozio fiduciario, in genere, è un contratto atipico, mediante il quale un soggetto (fiduciante) trasferisce a un altro (fiduciario) un diritto, sulla base di un accordo - il cosiddetto *pactum fiduciae* - che vincola le parti, stabilendo modalità, tempi, condizioni di esercizio del diritto e che fissa principalmente lo scopo che il fiduciario si impegna a realizzare.

Nel sistema sono di norma conosciuti due modelli di fiducia, quella cosiddetta "romanistica" e quella "germanistica". Nella fiducia di tipo germanistico, si verifica una semplice scissione tra titolarità formale del diritto (che resta in capo al fiduciante) e legittimazione al relativo esercizio (che fa capo, invece, al fiduciario), mentre in quella di tipo romanistico si verifica un vero e proprio trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, con ciò realizzandosi un effetto traslativo voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del *pactum fiduciae*.

Nel caso dei negozi fiduciari aventi a



oggetto una farmacia, stante l'impossibilità di ricorrere alla cosiddetta fiducia germanistica, il modello di riferimento non può essere che quello della fiducia romanistica, nella quale si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato, tra le parti dal *pactum fiduciae*, mentre non è configurabile

la scissione della proprietà "formale" rispetto alla proprietà "sostanziale" (che invece esiste in ipotesi di fiducia "germanistica").

PACTUM FIDUCIAE

Pertanto, ferma restando la volontarietà del trasferimento che distingue il negozio simulato da quello fiduciario,

Il negozio di fiducia

quest'ultimo si caratterizza per la combinazione di due distinti effetti, l'effetto reale, valevole nei confronti dei terzi (che consiste in un vero e proprio trasferimento del diritto su di un bene dal fiduciante al fiduciario) e l'effetto obbligatorio, interno al rapporto tra fiduciante e fiduciario (*pactum fiduciae*), con l'impegno al ritrasferimento (si vedano, *ex multis*, Sacco, in Sacco e De Nova, *Il Contratto*, Torino 2004; Zaccheo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano 1991; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, p. 956; Campagnolo, *Il negozio fiduciario tra tradizione germanistica e romanistica*, in *Obbl. e Contr.*, Torino, 2007, 4).

Ciò posto, nel caso in esame assume particolare rilievo il prodursi di un effetto reale, consistente, come premesso, nell'effettivo trasferimento del bene-azienda a favore del fiduciario, ancorché a titolo gratuito.

Il contratto di trasferimento della farmacia stipulato dai coeredi con un terzo acquirente è infatti pienamente valido ed efficace, con conseguente scioglimento della comunione ereditaria relativamente all'azienda farmaceutica, anche se l'unico corrispettivo pattuito tra le parti (e poi concretamente pagato) consista nel diritto dei coeredi alienanti alla retrocessione gratuita dell'azienda da parte del terzo acquirente in favore di quello tra di loro che abbia perfezionato i requisiti di legge per l'intestazione della titolarità

della farmacia (App. Brescia, 8 luglio 1998). Si realizza infatti, per espressa volontà delle parti, un vero e proprio trasferimento a titolo gratuito del bene dalla sfera giuridica del fiduciante a quella del fiduciario, con ciò restando indubbio l'inquadramento dell'atto quale "atto traslativo della proprietà" sull'azienda.

Né tale atto può essere qualificato come donazione, mancando evidentemente qualsiasi spirito di liberalità: è infatti ormai pacifica e incontestata la ammissibilità di atti gratuiti non liberali, in cui l'attribuzione gratuita a un terzo corrisponde a un interesse effettivo del disponente (per tutti, Gazzoni, *op. cit.*, pp. 813 e ss.; Cass., 7 luglio 1988, n. 4469).

Conferma di tale assunto è data dalla disciplina fiscale dettata dall'articolo 2, comma 47, del Decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla Legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive integrazioni e modificazioni, il quale prevede che ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni rilevano anche i trasferimenti a titolo gratuito di beni diversi dalle donazioni.

Pertanto, premesso che le donazioni e le liberalità costituiscono una *species* del *genus* atti a titolo gratuito e, in quanto tali, assoggettate all'imposta, tra gli atti a titolo gratuito sono ricompresi tutti i trasferimenti di beni e diritti privi dell'*animus donandi*, ossia della volontà del donante di arric-

chire il donatario con contestuale suo impoverimento (cfr. Circ. Agenzia delle Entrate n. 28/E del 27 marzo 2008).

L'OBBLIGO DI RITRASFERIRE LA FARMACIA

L'accordo con cui il titolare della farmacia si impegna fiduciariamente a gestire tale farmacia per un periodo di tempo, per poi cederla al soggetto finanziatore o ad altro farmacista indicato da quest'ultimo, è valido ed efficace, non costituendo una violazione del divieto di scissione tra titolarità e gestione della farmacia di cui agli articoli 11 e 12, Legge 2 aprile 1968 n. 475, perché il titolare della farmacia è stato anche pieno responsabile della gestione aziendale pur nell'ambito della complessa pattuizione fiduciaria intervenuta tra le parti (App. Lecce, 21 giugno 1999).

È altresì pacificamente valido ed efficace il patto di retrocessione stipulato dagli eredi comproprietari della farmacia con il terzo acquirente, all'espresso scopo di consentire a uno dei coeredi, nella prossima scadenza del termine della gestione provvisoria, di perfezionare successivamente i requisiti di legge necessari per intestarsi la titolarità dell'esercizio farmaceutico (App. Brescia, 8 luglio 1998).

LA CERTEZZA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE

Va anzitutto tenuto fermo il principio che, benché la farmacia caduta nella successione ereditaria, al solo fine di evitare la decadenza del diritto, sia stata trasferita dai coeredi a un farmacista in possesso dei titoli necessari senza che ne corrispondesse il prezzo con l'obbligo di ritrasferirla a uno dei coeredi quando avesse acquisito i requisiti per assumere a sua volta la titolarità, tuttavia, fin dal primo trasferimento, la farmacia è da considerarsi uscita dalla comunione ereditaria, sicché da tale data è cessato ogni diritto di natura reale sulla farmacia da parte degli altri coeredi (Trib. Crema, 20 maggio 1997).

Pertanto, come già accennato, e in linea con i già esaminati principi in ma-



teria di negozi fiduciari e interposizione cosiddetta "reale" di persona, il fiduciario diviene titolare pienamente e incondizionatamente della proprietà sull'azienda.

Il fatto che sia previsto un obbligo di ritrasferirla è perfettamente compatibile con i principi generali: allo stesso modo in cui, infatti, è consentito a qualsiasi farmacista di stipulare con un terzo un contratto preliminare di compravendita della farmacia, o concedere un diritto di opzione su detto acquisto, è consentito al fiduciario di obbligarsi verso i fiduciari a ritrasferire loro la farmacia. Del resto, e con riferimento al caso di specie, l'articolo 12 della Legge 2 aprile 1968 n. 475, che consente il trasferimento della farmacia solo a favore di persona dotata di particolari requisiti, non impedisce affatto la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita della farmacia condizionato alla futura acquisizione dei requisiti di legge da parte del promittente acquirente o di un terzo a favore del quale il contratto preliminare sia destinato a operare e che lo stipulante si riserva di indicare (Cassazione, Sez. II, 21 giugno 1995, n. 7026).

Quanto all'esigenza di "stabilità" dei rapporti, la legge si fa carico di stabilire i relativi termini e, in particolare, il comma primo dell'articolo 12 citato della Legge 475/68 stabilisce che «è consentito il trasferimento della titolarità della farmacia decorsi tre anni dalla conseguita titolarità».

Trattandosi di disposizione imperativa, è evidente che prima del decorso di tale termine non è consentito il trasferimento e, pertanto, il fiduciario si vede garantita *ex lege* la possibilità di gestire la farmacia per almeno un triennio.

Nessuna disposizione o principio di legge impone alle parti di estendere tale termine minimo: prova ne sia che detto termine triennale deriva dalla riduzione, a opera dall'articolo 8, Dlgs 8 agosto 1991, n. 258, del termine precedentemente vigente di cinque anni: il che dimostra un *favor* del legislatore per la più agevole commerciabilità della farmacia.

La titolarità di una sede farmaceutica è infatti un bene economico pienamente trasferibile, sia pure nel rispetto delle particolari condizioni di legge (Cassazione, Sez. I, 11 maggio 1999, n. 4661).

Tanto premesso, nei concreti accordi tra le parti il potere-dovere della fiduciante di gestire la farmacia dovrebbe essere assicurato da ulteriori specifiche clausole:

- ◆ il ritrasferimento va previsto, in linea generale, a favore degli eredi una volta che almeno uno abbia conseguito l'idoneità: il che, immaginando figli minori, che debbono ultimare le scuole superiori, laurearsi, superare l'esame di stato e quindi svolgere la prevista pratica biennale, induce *icuto oculi* a prevedere che la gestione fiduciaria della farmacia si protrarrà ben oltre il termine minimo di legge;

- ◆ è bene poi stabilire un termine (per esempio, cinque o dieci anni), magari prorogabile per una sola volta o in casi specifici, quale termine dilatorio nell'interesse degli eredi fiduciari, e quale termine finale nell'interesse del fiduciario, per consentirgli di non restare vincolato in perpetuo all'impegno della titolarità e della gestione della farmacia (se gli eredi sono "zucconi" e non si laureano...);

- ◆ in pendenza del termine di cui sopra, si può stipulare che gli eredi possano chiedere al fiduciario di trasferire la farmacia ad altro fiduciario, persona o società, da loro designato, ma solo dopo il decorso di un certo tempo (il tempo minimo previsto dalla legge è di tre anni);

- ◆ in tale ultimo caso di sostituzione della fiduciaria con altro soggetto, a tutela del fiduciario si prevede solitamente una specifica penale.

Tale assetto contrattuale consente di concludere che il diritto di proprietà sull'azienda spettante alla fiduciaria è assicurato per un congruo periodo di tempo, senza alcun rischio che questo le venga "sottratto" inopinatamente. L'imposizione invece di un termine fisso unico sarebbe un ulteriore intervento conformativo sulla libertà negoziale dei privati, che sono liberi di predisporre l'articolato assetto contrattuale proprio a salva-

guardia dei complessi e delicati equilibri di tutti i reciproci interessi in gioco.

Qualcuno dubita della distinguibilità del contratto fiduciario dalla ipotesi del "prestanome" simulato.

SUI POSSIBILI DUBBI DI SIMULAZIONE

A prescindere dalle rilevanti differenze fiscali di cui abbiamo detto, non può comunque ravvisarsi simulazione in un assetto contrattuale interamente enunciato e formalizzato in un atto pubblico: elemento essenziale della simulazione è infatti la "controdi chiarazione" o "contratto dissimulato" che, nel caso in esame, manca del tutto, proprio perché le parti hanno regolato nell'atto notarile i reciproci rapporti.

Da un lato, infatti, è pacifico che il fiduciario diviene pieno ed esclusivo proprietario della farmacia e, di fronte ai terzi, risulta perfettamente legittimato non solo a gestirla, ma anche a trasferirla (rimanendo in tal caso ai fiduciari solo il diritto al risarcimento del danno, tenuto conto della penale prevista in atti).

Non va poi dimenticato che spesso simili operazioni, alle quali possono partecipare dei minori, sono preventivamente autorizzate dal Giudice tutelare: è perciò da escludersi qualsivoglia sospetto di simulazione che, ove esistente, sarebbe sicuramente rilevata e contestata dal Tribunale. Ove l'autorità giurisdizionale ordinaria non muova alcun rilievo sulla possibile valenza simulatoria dell'atto, non si vede come l'autorità amministrativa possa a sua volta compiere un'indagine sugli effetti giuridici dell'atto autonoma e difforme da quella del Tribunale competente, cui solo compete l'interpretazione delle norme del Codice civile e la qualificazione dei fatti e negozi giuridici al fine della loro applicazione.

Resta un ultimo dubbio: chi sceglieranno come fiduciario gli eredi del nostro dottor Perfetti?

Facile, il dottor Galbani, *ça va sans dire!* Chi non ha capito... non ha mai visto *Carosello*.