

Società fiduciarie

Pactum fiduciae e separazione dei patrimoni tra fiduciaria e fiduciante

TRIBUNALE DI TRANI 29 settembre 2003

Rel. Di Corrado - Cordusio fiduciaria s.p.a. c. Fallimento So.f.im. Puglia s.r.l. e altro

Mercati finanziari - Valori mobiliari - Titolarità - Separazione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto di voto - Ammissibilità - Ambito dei diritti reali immobiliari - Inammissibilità

(Art. 1, R.D. 29 marzo 1942, n. 239; art. 22, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)

I. In tema di azioni e di valori mobiliari è ammissibile nel nostro ordinamento la separazione, attraverso il negozio fiduciario, tra la titolarità e la legittimazione all'esercizio del diritto di proprietà, attribuendo rispettivamente la prima al fiduciante e la seconda al fiduciario, secondo lo schema tipico del negozio fiduciario germanistico, in quanto tale separazione è già riconosciuta espressamente dalla legislazione speciale dettata in materia di società fiduciarie e di gestione di valori mobiliari. Allo stato attuale della legislazione una tale separazione non è invece configurabile nell'ambito dei diritti reali immobiliari, in cui, in relazione al principio della tipicità, permane l'inscindibilità tra la titolarità del diritto di proprietà del bene e la legittimazione a esercitarlo, che è tipica del negozio fiduciario romanistico.

Mercati finanziari - Valori mobiliari - Amministrazione fiduciaria - Distinzione tra amministrazione statica e dinamica - Confusione con il patrimonio della società fiduciaria

(Art. 1, L. 23 novembre 1939, n. 1966; art. 1, R.D. 29 marzo 1942, n. 239; art. 12, comma 4, D.M. 16 gennaio 1995; art. 22, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

II. Nell'ambito dell'amministrazione fiduciaria delle azioni e dei valori mobiliari (di tipo germanistico) deve distinguersi tra una fiducia c.d. *statica* e una fiducia c.d. *dinamica*, facendo specifico riferimento al complesso dei poteri conferiti dal fiduciante al fiduciario. Mentre la prima (detta anche *deposito in amministrazione*) si fonda sulla pattuizione che la proprietà dei titoli rimane in capo al fiduciante con l'obbligo da parte della società fiduciaria di restituire gli stessi titoli ricevuti, i quali non si confondono mai con il suo patrimonio mobiliare, l'amministrazione dinamica (detta anche *gestione patrimoniale*) conferisce alla società fiduciaria ogni potere, compresi anche quelli di vendere i titoli stessi e di reinvestire i frutti percepiti, con il solo obbligo di restituire al fiduciante il risultato utile della gestione, in denaro o in titoli, con il relativo rendiconto; in questo secondo caso i titoli ricevuti in amministrazione si confondono nel patrimonio della società fiduciaria, e questa assume direttamente su di sé ogni diritto od obbligo derivante dalla gestione dei valori ad essa conferiti, compreso anche l'obbligo di integrare il versamento della quota sociale sottoscritta per conto del suo fiduciante.

Il Tribunale (omissis).

Alla stregua delle risultanze processuali ritiene il giudicante che l'opposizione proposta dalla «Cordusio società fiduciaria per azioni» sia infondata e che perciò la stessa non meriti accoglimento. Invero in punto di fatto si rileva che, nonostante la specifica eccezione sollevata al riguardo dalla difesa della curatela fallimentare, la parte opponente non ha comprovato in alcun modo né di avere l'autorizzazione a svolgere l'attività di cui alla L. 23 novembre 1939, n. 1966, non essendo ovviamente sufficiente a tale scopo la semplice denominazione sociale nella quale risulta inserita l'espressione «fiduciaria»; né l'esistenza del detto contratto fiduciario con il Ribatti, che, sia in relazione alla natura del rapporto e alla qualità dei contraenti, sia in relazione alla posizione di terzo del curatore fallimentare, doveva necessariamente essere provata con un atto scritto avente data certa.

Tale carenza probatoria è di per sé sola sufficiente per rigettare l'opposizione proposta dalla società «Cordusio», fondata appunto sulla pretesa sussistenza di un contratto fiduciario, la cui mancata prova è assorbente di ogni altra questione trattata dalle parti.

Sembra comunque opportuno osservare che, anche se il suddetto rapporto contrattuale fosse stato adeguatamente comprovato in causa, ciò non sarebbe stato sufficiente per accogliere l'opposizione proposta avverso l'ingiunzione di pagamento.

In proposito, da un canto può condividersi la tesi in diritto, sostenuta nei suoi scritti difensivi dal procuratore dell'opponente, secondo cui in tema di azioni e di valori mobiliari è ammissibile nel nostro ordinamento la coesistenza in capo a diversi soggetti della proprietà dei titoli e della legittimazione a esercitare il relativo diritto di proprietà, che è tipica del negozio fiduciario germanistico; ritenendo invece circoscritta al settore della proprietà immobiliare l'inscindibilità tra la titolarità del diritto di proprietà del bene e la legittimazione a esercitarlo, che invece è tipica del negozio fiduciario romanistico. Tale tesi invero risulta attualmente seguita da una giurisprudenza non ancora prevalente (v. App. Torino

20 luglio 1998; Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031) rispetto a quella che continua a negare qualunque ammissibilità nel nostro ordinamento alla fiducia germanistica (v. Trib. Como 23 febbraio 1994; App. Milano 28 marzo 1997). Ciononostante questo giudice ritiene di poter aderire all'indirizzo che riconosce nell'ambito dei valori mobiliari la possibilità, attraverso il negozio fiduciario, di separare la titolarità dalla legittimazione all'esercizio del diritto di proprietà, attribuendo rispettivamente la prima al fiduciante e la seconda al fiduciario, in quanto tale separazione espressamente è già riconosciuta dalla legislazione speciale dettata in materia di società fiduciarie e di gestione di valori mobiliari. Mentre allo stato attuale della legislazione una tale separazione non è configurabile nell'ambito dei diritti reali immobiliari, in cui vige il principio della tipicità.

Atteso ciò, deve d'altro canto rilevarsi che nell'ambito dell'amministrazione fiduciaria delle azioni e dei valori mobiliari (di tipo germanistico) si distingue tra una fiducia c.d. *statica* e una fiducia c.d. *dinamica*, facendo specifico riferimento al complesso dei poteri conferiti dal fiduciante al fiduciario. Mentre nell'amministrazione statica (detta anche *deposito in amministrazione*) la società fiduciaria riceve dei titoli con l'espressa pattuizione che la titolarità di essi rimanga in capo al fiduciante e che la società fiduciaria non compia autonomamente alcuna attività, se non dopo aver ottenuto per ogni singola operazione apposite istruzioni da parte del fiduciante, dovendo restituire a costui gli stessi titoli ricevuti, i quali non si confondono mai con il patrimonio mobiliare della fiduciaria; invece nell'amministrazione dinamica (detta anche *gestione patrimoniale*) alla società fiduciaria viene conferito il potere di compiere discrezionalmente le operazioni ritenute più opportune nell'interesse del fiduciante, anche di compravendita dei titoli stessi e di reinvestimento dei frutti percepiti, avendo soltanto l'obbligo di restituire al fiduciante il risultato utile della gestione, in denaro o in titoli, con il relativo rendiconto; in questo secondo caso i titoli ricevuti in amministrazione si confondono nel patrimonio della società fiduciaria, e questa assume direttamente su di sé ogni diritto

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

od obbligo derivante dalla gestione dei valori ad essa conferiti.

Alla luce di tali principi di diritto appare chiaro che nel caso di specie la società «Cordusio», per andare esente dall'obbligo di integrare il versamento della quota sociale sottoscritta per conto del suo preteso fiduciante, avrebbe dovuto dimostrare nei confronti del terzo, amministratore o curatore fallimentare della società, non solo l'esistenza del rapporto contrattuale di amministrazione fiduciaria, ma anche la caratterizzazione di tale rapporto nel senso di un'amministrazione statica con permanenza in capo al fiduciante della titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione della quota di capitale sociale. Peraltro, proprio l'acquisto della quota, avvenuto con la sottoscrizione all'atto della costituzione della «So.fim. Puglia s.r.l.», sarebbe stato

sintomatico dell'assunzione di una vera e propria gestione patrimoniale da parte della «Cordusio fiduciaria s.p.a.».

Va pertanto rigettata l'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo, emesso ai sensi dell'art. 150 l. fall., con la condanna della parte soccombente al rimborso in favore della parte opposta delle spese processuali da questa sostenute, che si liquidano come specificato nel dispositivo.

Nulla deve disporsi riguardo al rapporto processuale instauratosi tra la curatela del fallimento della «So.fim. Puglia s.r.l.» e il terzo chiamato Domenico Ribatti, stanti il mancato esame della domanda subordinata formulata dalla parte convenuta contro il Ribatti e la contumacia di quest'ultimo.

(omissis).

IL COMMENTO

di Florestano Funari

I. - II. La curatela fallimentare di una società a responsabilità limitata ha ingiunto il pagamento dei sette decimi non ancora versati alla società fiduciaria che aveva sottoscritto le relative quote. A seguito dell'ingiunzione di pagamento, provvisoriamente esecutiva, la società fiduciaria impugnava il decreto ingiuntivo sostenendo la sua natura di fiduciaria autorizzata ai sensi della L. n. 1966/1939. Affermava di essere intestataria delle quote della s.r.l. fallita fiduciariamente e dichiarava il nominativo del reale proprietario delle quote. Costituitasi in giudizio, la curatela eccepiva la mancata prova dell'intestazione fiduciaria delle quote della s.r.l. fallita e, in ogni caso, sostenendo che l'intestazione dovesse ricondursi allo schema della fiducia romanistica, affermava che la proprietà delle stesse era della società attrice in opposizione. La curatela fallimentare chiedeva ed otteneva la chiamata in causa del terzo ritenuto dall'attrice reale proprietario delle quote della s.r.l., il quale, nonostante la regolare notificazione, non si costituiva in giudizio così che veniva dichiarato contumace. Il Giudice adito, pur accogliendo lo schema della fiducia di tipo germanistico, cioè la possibilità di sdoppiamento dei diritti inerenti al titolo (proprietà al fiduciante e diritti di gestione al fiduciario), con conseguente sdoppiamento dei patrimoni dei relativi soggetti, condannava l'attrice al pagamento dei sette decimi non ancora versati, ritenendo che nel caso di specie non si fosse attuata la separazione dei patrimoni fra fiduciante e fiduciario, mancando la prova dell'intestazione fiduciaria delle quote.

Negozi fiduciario. Cenni

La Sentenza del Tribunale di Trani che si commenta offre alcuni spunti di riflessione in ordine al *pactum fiduciae*; in particolare sulla prova del negozio fiduciario ed

in tema di confusione dei patrimoni fra la società fiduciaria ed il fiduciante.

Prima di affrontare il merito della sentenza in commento, pare necessario riassumere brevemente gli elementi essenziali del negozio fiduciario così come individuati dalla dottrina che ha affrontato l'argomento (1).

Va subito detto che i contorni del negozio fiduciario sono stati delineati attraverso il suo confronto con altri istituti tipizzati affini. Così si è affermato che il negozio fiduciario doveva ritenersi necessariamente distinto dal negozio simulato perché, a differenza di questo, le parti, col *pactum fiduciae*, vogliono effettivamente porre in essere il negozio «mezzo» (il contratto fiduciario fra fiduciante e fiduciario) (2). Si affermava così che il negozio fiduciario dava luogo a quel particolare tipo di fiducia denominata «romanistica» dove il fiduciante trasferisce al fiduciario non solo la disponibilità ma anche la proprietà dei beni oggetto del patto: in questo modo il fiduciario veniva considerato il proprietario pieno ed effettivo dei beni, condizione per la quale alcuni autori hanno ritenuto che la fiducia romanistica dava luogo ad una vera e propria forma di *proprietà* (fiduciaria),

Note:

(1) Per quanto concerne la dottrina si rinvia agli scritti di: Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in Riv. dir. comm., 1936, I, 945; Jaeger, *Sull'Interpretazione fiduciaria di quote di srl*, in Giur. comm., 1979, I, 181 - 183. Per una compiuta analisi della dottrina e della giurisprudenza sul negozio fiduciario, nonché per una sua comparazione con il trust si veda Morello, *Fiducia e Trust: due esperienze a confronto*, da Fiducia e Trust, mandato, agency, Milano, 1991, 17 ss.

(2) Fr. Ferrara, *I negozi fiduciari*, Scritti Scialoja, 1905, 56 ss. a cui si deve la distinzione fra interposizione reale ed interposizione fittizia. V. anche Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in Corr. giur., 1993, n. 7, 855.

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

inammissibile perché contraria al numero chiuso dei diritti reali (3).

A causa dell'effettività del trasferimento dei beni, la dottrina tradizionale ha ritenuto che il negozio fiduciario doveva tenersi distinto anche da un semplice mandato, poiché l'operazione così congegnata poteva protrarsi nel tempo e servire a più operazioni o a più atti complessi (4). La distinzione fra negozio fiduciario e mandato non sembra tuttavia così solida come ha affermato la dottrina tradizionale. Infatti, buona parte della disciplina del negozio fiduciario è in concreto tratta dalla disciplina del mandato; inoltre, il criterio distintivo offerto dalla dottrina tradizionale (durata nel tempo delle operazioni, complessità degli atti), in precedenza accennata, è stato criticato da autorevole dottrina, supportata peraltro anche dalla giurisprudenza di legittimità sull'argomento (5).

Ciò anticipato, è d'uopo rilevare che le questioni interpretative anzi dette trovano differenti soluzioni a seconda che il *pactum fiduciae* venga inteso in senso «romanistico» o in senso «germanistico».

Come si è già detto, la fiducia intesa in senso romanistico prevede il trasferimento dei beni in capo al fiduciario che ne diventa effettivo proprietario. Nella fiducia di tipo germanistico è invece possibile una coesistenza fra due soggetti attribuendo al fiduciario un determinato diritto sul bene in nome proprio ma nell'interesse del fiduciante. A differenza della rappresentanza indiretta, il sistema germanico consente di esercitare in nome proprio diritti altrui su autorizzazione (6).

La giurisprudenza che ha avuto modo di affrontare il problema della fiducia ed in particolare dell'analisi dello schema contrattuale posto in essere dalle parti, ha affermato che la scelta tra l'uno e l'altro schema del contratto fiduciario debba avvenire con riferimento al contenuto del patto fiduciario stipulato dalle parti (7). Fra i due schemi di contratto sopra delineati, in dottrina si è ritenuto che lo schema fiduciario di tradizione germanistica sia ammissibile, quantomeno, qualora i beni oggetto del contratto siano titoli di credito, in quanto, in tale ipotesi, è espressamente consentita la scissione tra la titolarità e la legittimazione (8). Maggiori problemi ha invece suscitato l'ammissibilità della fiducia di tipo germanistico con riguardo alle quote di società a responsabilità limitata, essendo le stesse incorporate in titoli di credito. In passato, parte autorevole della dottrina ha ritenuto ammissibile la figura della fiducia germanistica anche per l'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l. in quanto anche in questo caso, analogamente a quanto avviene per i titoli azionari, si potrebbe verificare una scissione tra la titolarità della quota - il cui trasferimento si realizza con la manifestazione del consenso - e la legittimazione all'esercizio dei diritti ad essa connessi, derivanti dall'iscrizione nel libro soci (9). Tale scissione, secondo l'opinione di autorevole dottrina, sarebbe accettata dal sistema che non postulerebbe un adeguamento della situazione apparente a quella reale, in quanto in

ogni modo non si potrebbero verificare situazioni dannose per la società in tema di pubblicità dei trasferimenti delle quote. È bensì vero che questa opinione sembrerebbe contrastare con la formulazione dell'art. 2479 c.c. prev., dal quale traspare chiaramente l'esigenza di rendere conoscibili ai terzi le vicende che incidono sulla legittimazione all'esercizio dei diritti sociali e quella di dare pubblicità ad ogni effettiva variazione della compagine sociale della società (10). In tal ottica neppure l'intestazione a scopo fiduciario potrebbe comportare una deroga ai principi sottesi alla (previdente) disciplina del trasferimento delle quote, con la conseguenza che l'esigenza di segretezza che connota l'intestazione potrebbe essere ammissibile solo in quelle ipotesi in cui il fiduciante non sia titolare della partecipazione sociale al momento in cui conclude il contratto di mandato sottostante all'intestazione fiduciaria. I principi che disciplinano il trasferimento delle quote di s.r.l. consentirebbero quindi una dissociazione tra proprietà e legittimazione solo in via indiretta (11). A detta considerazione la dottrina è arrivata sulla scorta del fatto che il trasferimento della quota sociale è valido *inter partes* con la sola manifestazione del consenso, e che il requisito dell'autenticazione delle sottoscrizioni dell'atto di trasferimento non è richiesta *ad substantiam* (12). Non paiono conseguentemente sussistere problemi circa la configurabilità della

Note:

(3) Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, Teoria, Saggi, Pratica*, Milano, 1951.

(4) Morello, *op. cit.*, 20.

(5) Morello, *op. cit.*, 31. Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, *cit.*

(6) Carbone, «*Pactum fiduciae*» e interposizione reale, in *Corr. giur.*, 1993, n. 7, 858, nota a Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, *cit.*

(7) Trib. Milano, 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1438. In dottrina anche Borgioli, voce «*Società fiduciaria (diritto commerciale)*», in *Enc. Giur. Trezzani*, XXXIX, Roma, 1993, 5.

(8) De Angelis, voce «*Fiduciaria (società)*», in *Digesto Comm.*, VI, Torino, 1991, 97; Jaeger, *op. cit.*, 199.

(9) Jaeger, *op. cit.*, 203. In senso contrario, Di Maio, *Il contratto fiduciario*, Milano, 1979, 44; Carnevali, *Il trasferimento e l'intestazione fiduciaria di valori mobiliari*, in *Gli Aspetti civilistici e fiscali dell'intestazione fiduciaria - Atti del Convegno di Venezia*, 5 giugno 1976, Milano, 1976, 35 ss.

(10) Reviglio, *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata, il regime legale*, Milano, 1998, 285.

(11) Reviglio, *op. loc. cit.*, 266, secondo il quale la scissione in via indiretta della legittimazione dalla titolarità si potrebbe verificare in due situazioni: a) quando la fiduciaria, in esecuzione di un mandato acquisti una quota di un terzo, chieda l'iscrizione nel libro soci e solo successivamente ritrasferisca la quota al fiduciante; b) quando il fiduciante titolare della quota la trasferisca alla fiduciaria chiedendo l'iscrizione del trasferimento nel libro soci e la fiduciaria ritrasferisca la quota al fiduciante senza che l'atto di trasferimento sia iscritto al libro soci.

(12) Sul punto, Cass. 23 gennaio 1997, n. 967, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 720; in dottrina Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 520. In ordine al requisito della forma si veda Angelici, *Sul nuovo testo dell'art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 325 e ss.; Florio, *Osservazioni in tema di intestazione fiduciaria di quote sociali, voto divergente e compensi eccessivi agli amministratori*, nota a Commento Tribunale di Milano 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1438.

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

fiducia germanistica, qualora l'intestazione fiduciaria delle quote avvenga a favore di una società fiduciaria di amministrazione con la conseguenza che, comunque, nei confronti della società, ed in ossequio ai principi di pubblicità richiesti *ex lege*, la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali in favore della società partecipata, coincida altresì con l'iscrizione della fiduciaria al libro soci, nonostante il fatto che la titolarità sostanziale della quota possa, sulla base di quanto in precedenza esposto, rimanere in capo al fiduciante. Ciò poiché la giurisprudenza di legittimità sembra aver ormai qualificato il negozio fiduciario come un fenomeno di interposizione reale, alla stregua del mandato senza rappresentanza (13).

L'intervento della riforma delle società di capitali operata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 non sembra aver modificato il precedente regime. L'unica norma in tema di trasferimento di quote, l'art. 2479 c.c. prev., è stato, con modifiche, sdoppiato in due differenti articoli: il 2469 ed il 2470 c.c. Ai nostri fini, in tema di efficacia e pubblicità dell'atto di trasferimento, il nuovo art. 2470, primo comma, c.c. ribadisce la regola che il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla società dal momento dell'iscrizione del libro soci, la quale, ha luogo, su richiesta dell'alienante o dell'acquirente, verso l'esibizione del titolo da cui risulti il trasferimento e l'avvenuto deposito dell'atto di trasferimento autenticato nel registro delle imprese.

Ulteriore distinzione cui è d'uopo accennare in materia di *pactum fiduciae* attiene al concreto esercizio dei poteri derivanti dal patto che la giurisprudenza di Cassazione ha ritenuto di distinguere fra fiducia «statica», ove il fiduciario è già proprietario del bene e si obbliga a fare determinati usi dello stesso, e fiducia «dinamica», ove il fiduciario acquista un bene in nome proprio ma per conto del fiduciante secondo le istruzioni di quest'ultimo (14). La dottrina più attenta ha peraltro affermato che a parte la maggiore frequenza, in concreto, della c.d. fiducia «statica», non sembra che questa distinzione abbia particolare rilievo operativo (15).

I problemi connessi alla separazione dei patrimoni fra fiduciante e fiduciario

La sentenza del Tribunale di Trani afferma di condividere la tesi della più recente giurisprudenza di legittimità e di merito, per la quale è ammissibile anche nel nostro ordinamento lo schema della fiducia di tipo germanistico con conseguente presenza di due soggetti: il primo, fiduciante, proprietario effettivo dei beni; il secondo, fiduciario, titolare solamente dei diritti di gestione ed amministrazione degli stessi (16). Ciò nonostante, il Tribunale di Trani ha sostenuto che non fosse configurabile una separazione patrimoniale fra i beni del fiduciante e del fiduciario.

Nel caso di specie, il curatore fallimentare della s.r.l. dichiarata fallita aveva richiamato i sette decimi delle quote non versati all'atto della sottoscrizione, ingiun-

gendo il pagamento del relativo ammontare alla società fiduciaria intestataria delle quote stesse, nonostante la stessa avesse comunicato, come richiesto dalla legge, il nominativo del sfiduciante (17). Il Giudice, accogliendo le domande della curatela, ha condannato la società fiduciaria al versamento dei decimi mancanti, ritenendo infondata l'eccezione della fiduciaria sull'esistenza del contratto fiduciario e quindi sulla separazione dei patrimoni fra i due soggetti.

Orbene, a tal riguardo è opportuno svolgere alcune brevi riflessioni in ordine alla separazione dei patrimoni fra fiduciante e fiduciario.

Già prima dell'entrata in vigore della L. n. 1/1991, e successivamente del D.Lgs. n. 58/1998, che espressamente dispone la separazione fra i patrimoni del fiduciante e del fiduciario, la Corte di cassazione aveva avuto modo di affermare l'esistenza del principio della separazione dei valori mobiliari affidati da un privato ad una fiduciaria rispetto al patrimonio proprio della stessa società ai sensi della L. n. 1966/1939 (18). Tale decisione si fondava sulla condizione che il rapporto fiduciario potesse essere provato mediante una scrittura avente data certa, direttamente riferibile ai titoli formalmente intestati alla fiduciaria; sostanziosamente così il rapporto intercorrente tra la società fiduciaria ed il fiduciante nella mera intestazione, alla prima, di beni appartenenti, effettivamente, al secondo.

Il principio giuridico che sta a monte guarda appunto alla riconducibilità, secondo alcune decisioni della Corte di cassazione (19), del rapporto fiduciario all'interposizione reale per effetto della quale l'interposto ac-

Note:

(13) Cass. 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.*, 2002, 780; Cass. 27 novembre 1999, n. 13261, in questa Rivista, 2000, 702; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, cit.

(14) Cass. 21 novembre 1975, n. 3911, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 984; Cass. 12 giugno 1986, n. 3898, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 119. Di recente anche Trib. Napoli 16 gennaio 1993, in *Dir. giur.*, 1996, 197.

(15) Morello, op. cit., 35.

(16) Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contr.*, 1998, n. 1, 23; App. Torino 20 luglio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 135.

(17) In ordine all'obbligo di *disclosure* del nominativo del fiduciante in ossequio al principio di trasparenza ormai ritenuto dalla dottrina più attenta un vero e proprio principio di ordine pubblico (Morello, op. cit., 85 ed anche Cass., S.U., 10 dicembre 1984, n. 6478; Cass. 1 luglio 1993, n. 7186) si vedano: art. 1, comma 5, R.D. n. 239/1942; art. 9, L. 29 dicembre 1962, n. 1745; art. 32, 33 e 74, D.P.R. n. 600/1973; art. 51, D.P.R. 29 settembre 1972, n. 633; art. 6, 7 e 12, D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461 (per quanto riguarda l'amministrazione finanziaria); art. 17, 120, comma 4, e 122 comma 2, TUF (Consob); art. 21, 22, 25, 108, 110 D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Banca d'Italia); D.L. 28 giugno 1990, convertito in L. 4 agosto 1990, n. 227 e D.L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito in L. 5 luglio 1991, n. 197 (antiriciclaggio); art. 98, D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 90 (Isvap); art. 27, L. 10 ottobre 1990, n. 287 (Antitrust); art. 12, 13, 16, 17, 37, L. 6 agosto 1990, n. 223 (Garante per l'editoria).

(18) Cass. 14 ottobre 1997, n. 10031, cit.

(19) Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, cit.; successivamente anche Cass. 27 novembre 1999, n. 13261, in questa Rivista, 2000, 702.

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

quista (a differenza della interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o quote solamente a livello formale, essendo, in virtù di un rapporto interno, tenuto a osservare un determinato comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ai patti convenuti (20).

Detto ciò non sembra che il Tribunale di Trani concluda il proprio iter logico in coerenza con le premesse che lo stesso ha affermato di condividere.

Onde comprendere la contraddittorietà della decisione commentata è necessario richiamare alcune disposizioni sull'argomento. L'art. 1, L. 23 novembre 1939, n. 1966 (richiamata anche nella sentenza in commento) ed il relativo decreto attuativo. Il citato articolo recita che «Sono società fiduciarie e di revisione e sono soggette alla presente legge quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni». Questa disposizione non è risolutiva per affermare la scissione tra proprietà e legittimazione, poiché la legge non parla di beni altrui amministrati in nome altrui, bensì di amministrazione per conto di terzi, offrendo quindi il fianco ad equivoci interpretativi. (21) Atteso ciò, appare tuttavia risolutivo il fatto che la fattispecie delineata sia stata inquadrata nel mandato senza rappresentanza ex articolo 1706 c.c. per il quale, con l'acquisto dei beni mobili individuati, si verifica un duplice negozio traslativo: dal cedente al cessionario - mandatario e da quest'ultimo al mandante.

Ancor più chiaro risulta essere l'art. 1, R.D. 29 marzo 1942, n. 239 per il quale: «è fatto divieto a tutti coloro che prestano opera di intermediazione nel commercio dei titoli azionari di rendersi fittiziamente intestatari di titoli dei loro clienti. In caso di violazione di questo divieto, si applicano le sanzioni di cui al secondo comma dell'art. 13, R.D. 25 ottobre 1941 - XIX n. 1148, convertito con modificazioni nella L. 9 febbraio 1942 - XX, n. 96. Le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi». A queste disposizioni normative si aggiunga altresì l'art. 12 comma 4 del D.M. del 16 gennaio 1995 per il quale «In occasione della sottoscrizione del mandato, la fiduciaria è tenuta a richiedere al fiduciante, ove questi sia una persona fisica, una dichiarazione attestante: a) che i beni, le somme od i valori affidati alla fiduciaria sono a tutti gli effetti di proprietà del fiduciante; b) ovvero che egli abbia su tali beni diritti reali di godimento; c) ovvero che i beni, le somme od i valori sono affidati dal fiduciante nella sua qualità di imprenditore o nell'esercizio di un'impresa».

Dalla lettura delle citate norme, la proprietà dei titoli sembrerebbe rimanere in capo al fiduciante e la società fiduciaria rimarrebbe solamente titolare dell'esercizio dei diritti inerenti i titoli stessi, costituendo una fattispecie di separazione patrimoniale, così come poi affermata anche dal legislatore all'art. 22 TUF. (22)

Sulla base delle considerazioni in diritto sopra esposte

sembra possibile affermare che anche nel nostro ordinamento possa trovare riconoscimento lo schema della fiducia di tipo germanistico, nonché la separazione patrimoniale fra i beni del fiduciante e del fiduciario. Pertanto la sentenza che si annota, avendo aderito all'orientamento che ammette la fiducia di tipo germanistico, avrebbe dovuto concludere affermando la possibilità - che sembra non essere stata verificata dal Giudice di *prime cure* - di separare il patrimonio dei due soggetti coinvolti nell'operazione. Così facendo, il fiduciario, titolare solamente dei diritti di gestione delle quote, i cui decimi sono stati richiamati dalla curatela, non avrebbe dovuto rispondere del mancato versamento degli stessi, il cui ammontare, invece, avrebbe dovuto essere corrisposto dal fiduciante, unico legittimato passivo. La società fiduciaria avrebbe dovuto rispondere, eventualmente, solo nel caso di mancata comunicazione del reale proprietario delle quote, ovvero in caso di mala gestione delle stesse. Ciò sembrerebbe anche confortato dal fatto che prima dell'instaurazione del giudizio la società fiduciaria aveva comunicato alla curatela fallimentare l'effettivo proprietario della quota della s.r.l., così presupponendo la tenuta dell'elenco dei fiduciari con l'annotazione dei relativi beni dati in gestione, presunzione che tuttavia, nel corso del giudizio, non sembra aver avuto idoneo conforto probatorio.

Nel caso di specie l'individuazione della confusione dei patrimoni appare discutibile, atteso che era possibile verificare ed accertare, secondo i principi all'uopo dettati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 10031/1997), e dunque anche in assenza della forma scritta del *pactum fiduciae*, la reale scissione dei patrimoni stessi. A nulla rileva infatti che l'amministrazione fiduciaria sia stata definita come «dinamica», poiché la società fiduciaria aveva sottoscritto ed amministrato le quote della s.r.l. secondo le istruzioni impartite dal fiduciante. Di conseguenza non aveva titolo per disporre, nel proprio interesse dei beni affidati. La considerazione di tale aspetto consente di ritenere che i beni fossero fiduciariamente intestati, costituendo una massa patrimoniale distinta a tutti gli effetti dal patrimonio della fiduciaria.

La sentenza in commento sembra non essersi in alcun modo preoccupata di indicare su quali basi ha fon-

Note:

(20) Cass. 27 novembre 1999, n. 13261, cit.

(21) App. Bologna 17 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 10, 1253.

(22) Cfr. a riguardo da ultimo, App. Bologna 17 aprile 2002, cit. Principio esplicitamente affermato all'art. 22, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 per il quale «Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla SGR, dalla società di gestione armonizzata o dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del T.U. bancario, nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli clienti sono ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi».

GIURISPRUDENZA • VALORI MOBILIARI

dato il convincimento che nel caso di specie vi fosse stata una confusione dei patrimoni, né su quali basi avrebbe dovuto, per converso, fondarsi la scissione tra l'attività di gestione e la reale proprietà dei beni, propria dello schema della fiducia germanistica che la sentenza dice di accogliere.

Sulla prova del *pactum fiduciae*

La confusione dei patrimoni acclarata dal Tribunale di Trani pare essere la conseguenza della mancanza di idonea prova in ordine all'esistenza del contratto fiduciario, assumendo il Giudice la necessità della prova scritta e della data certa per dichiarare l'esistenza del citato negozio. Ciò pare in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale che, in tema di prova del *pactum fiduciae*, ha ritenuto legittimo l'utilizzo delle presunzioni semplici, non ostando a tal fine i limiti imposti dagli artt. 2721 ss. c.c. (23).

In altri termini, non essendovi nella fattispecie *de qua* un bene immobile, per il quale si dovrebbe avere ai sensi dell'art. 1351 c.c. - applicabile anche al contratto fiduciario, dal momento che nella fiducia sarebbe contenuto un obbligo di trasferire o di ritrasferire secondo le istruzioni del fiduciante un immobile - la forma scritta *ad substantiam* del negozio fiduciario, il patto potrebbe essere provato attraverso l'utilizzo di presunzioni semplici, se precise e concordanti, e con l'ausilio della prova per testi, così come ha statuito la recente giurisprudenza della Cassazione (24). A tal proposito, la dottrina ha specificato che «la limitazione probatoria si ha solo in presenza di un trasferimento immobiliare, in ragione del regime di circolazione di tali beni, e non per alienazioni di diverso oggetto attraverso le quali si realizzano spostamenti di sicurezza sovente assai più significativi» (25).

Il Tribunale di Trani ha invece richiesto per l'accertamento del negozio fiduciario la prova scritta avente data certa, in ossequio al principio dettato dalla Corte di cassazione n. 10031/1997, con la quale il Giudice di legittimità aveva affermato che «anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 1 del 1991, era legittimamente predicabile il principio della separazione dei valori mobiliari affidati dal privato ad una fiduciaria [...] rispetto al patrimonio proprio della società, sempre che l'esistenza del rapporto fiduciario risultasse da una scrittura avente data certa [...]».

Tuttavia, l'applicazione *tout court* dei principi ivi espressi non sembra correttamente rispecchiare la realtà fenomenica, anche per la differenza sussistente fra la fattispecie concreta sulla quale si è pronunciato il Giudice di legittimità e quella sottoposta al Tribunale di Trani. La fattispecie sottoposta al Giudice di legittimità infatti riguardava un'ipotesi di rivendicazione ex art. 103 L.F. dei beni dati in gestione ad una società fiduciaria, poi dichiarata fallita. In quell'occasione la Corte di cassazione, aveva richiesto la data certa del contratto fiduciario al fine di dichiarare che i beni dati in gestione alla società erano in effetti dei fiduciari.

Nell'ipotesi in esame, invece, il requisito della data

certa non sembra essere necessario, potendosi procedere all'accertamento di un negozio fiduciario, senza limitazioni di sorta, attraverso l'ausilio di presunzioni semplici o per prova testimoniale, giacché al *pactum fiduciae* non sembrano potersi applicare le disposizioni sulla simulazione relativa, rientrando lo stesso nell'ambito dell'interposizione reale (26). Detto negozio, infatti, non amplia, né modifica il contenuto di un altro negozio, operando esso solo sul piano della creazione di un obbligo da adempiere a cura del fiduciario (nella specie la gestione delle quote della s.r.l.). Né dovevano trovare applicazione le disposizioni dell'art. 2725 c.c., trattandosi di un negozio per la cui validità non è richiesta la forma scritta (27).

Il mancato accertamento, da parte del Tribunale di Trani, del negozio fiduciario, anche attraverso strumenti alternativi alla prova scritta, sembra essere avvenuto anche a causa del comportamento processuale delle parti, soprattutto ad opera della società fiduciaria, la quale, non richiedendo il compimento di alcuna attività istruttoria (necessaria al fine di provare la esistenza del negozio fiduciario), ha visto accolta l'eccezione della curatela in ordine mancata prova dell'esistenza del negozio fiduciario.

Va da sé, quindi, che se la società fiduciaria avesse fornito idonei riscontri probatori in ordine all'esistenza del relativo patto, la conclusione del giudicante avrebbe potuto essere diversa. La prova del *pactum fiduciae* avrebbe aperto la strada al riconoscimento della separazione patrimoniale e, in forza dello schema della fiducia germanistica, avrebbe potuto portare il Tribunale a riconoscere, in capo alla fiduciaria, la sola titolarità della gestione dei diritti inerenti ai titoli, ed in capo al fiduciante, l'effettiva titolarità delle quote della società, con la conseguenza che solo quest'ultimo avrebbe dovuto versare il valore dei decimi richiamati dalla procedura.

Note:

(23) Cass. 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, I, 2495, con nota di Vettori. Anche Trib. Cagliari 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. Sar.*, 1002, 661.

(24) Cass. 19 luglio 2000, n. 9489, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2044; Cass. 13 aprile 2001, n. 5565, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 790; Cass. 21 novembre 1988, n. 6263, cit. Vettori, *La prova del pactum fiduciae*, nota a Cass. 21 novembre 1988 n. 6263, in *Foro it.*, 1991, I, 2495. Anche Morello, *op. cit.*, 27.

(25) Vettori, *op. cit.*, 2504.

(26) Oltre alla giurisprudenza citata alla nota 13, anche Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Nuova giur. civ. comm.* 2000, I, 460, per la quale «La intestazione fiduciaria di titoli azionari ad altro azionista della società comporta la nascita, tra fiduciante e fiduciario, di un rapporto di mandato senza rappresentanza all'esercizio di tutti i diritti connessi alla partecipazione societaria, compreso quello di esercitare la facoltà di opzione sulle azioni di nuova emissione (art. 2441 c.c.), con contestuale sottoscrizione degli aumenti di capitale deliberati dall'assemblea. Ne consegue che, in caso di successiva controversia giudiziaria, circa l'esatta portata ed i concreti limiti dell'esercizio di tali diritti, la eventuale sottoscrizione degli aumenti del capitale compiuta dal fiduciario è riferibile, a titolo di presunzione semplice, quale attività compiuta in nome proprio ma per conto del fiduciante, al fiduciante stesso (nei limiti del diritto a lui spettante in relazione al numero di azioni oggetto del «pactum fiduciae»), salva prova contraria di diversi accordi tra le parti, da fornirsi da parte del fiduciario».

(27) Cass. 28 settembre 1994, n. 7899, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 1164.