

25. Co-autore. Casi e questioni di diritto privato per la pratica forense di Bessone M., *“Intestazione fiduciaria con particolare riferimento ad azioni o quote sociali”*, Giuffrè, Milano 1995, 455.

14. Intestazione fiduciaria con particolare riferimento ad azioni o quote sociali, a cura di T. GALLETTO

1. Il caso

Si consideri la seguente vicenda.

Nell'ambito di una società in accomandita semplice composta da due soci accomandatari, un socio accomandante ed un socio occulto la cui quota è detenuta da uno dei due soci accomandatari in virtù di un patto tra loro concluso, viene decisa la trasformazione in società per azioni.

D'intesa con il socio occulto l'accomandatario che già deteneva la quota del primo si intestava le azioni corrispondenti alla medesima quota.

Alla morte dell'ex accomandatario, gli eredi di quest'ultimo si rifiutano di intestare le azioni al socio occulto che ne fa richiesta.

La Corte di Cassazione con recente pronuncia (Cass. 16 dicembre 1991, n. 13549, in *Corr. Giur.*, 1992, 493) ha confermato la statuizione dei giudici di merito che avevano accolto l'azione proposta dal socio occulto nei confronti degli eredi dell'ex accomandatario, ritenendo fondata *!actio mandati* e precisando che, nella specie, doveva riconoscersi una interposizione *reale* nell'ambito della quale l'interposto aveva effettivamente acquistato la titolarità delle azioni, ma con l'obbligo di operarne il trasferimento in favore dell'interponente a semplice richiesta di quest'ultimo.

La Corte ha ritenuto che ben può, il socio di società di persone impegnarsi - in forza di convenzione con soggetto estraneo (nella specie solo apparentemente) alla compagine sociale - ad acquistare, nell'interesse dello stesso, azioni della società risultante dalla trasformazione dell'ente, assumendone la titolarità e addossandosi la correlativa obbligazione di trasferirle poi al mandante.

Si avvera in una siffatta ipotesi una interposizione reale, atteso che la persona interposta, in attuazione della pattuizione con l'interponente, interviene, in proprio, alla stipula dell'atto di trasformazione, allo scopo convenuto di acquistare la qualità di socio e la effettiva titolarità delle azioni, ferma l'obbligazione di operare il trasferimento in favore del mandante; senza che ciò incida sulla validità ed efficacia dell'atto posto in essere con gli altri soci, o del vincolo sociale, e con esclusione, quindi, di ipotesi simulatorie.

2. Le questioni

Casi consimili necessariamente coinvolgono l'esame di delicate questioni fra le quali possono essere segnalate le seguenti:

- a) se il titolare di una partecipazione societaria, che sia tale in virtù di un negozio fiduciario, debba considerarsi l'effettivo proprietario della partecipazione;
- b) se il mandato o incarico fiduciario debba necessariamente perfezionarsi nella stessa forma stabilita per l'atto che il mandatario o il fiduciario si obbliga a porre in essere in nome proprio e per conto del mandante o fiduciante;
- c) quale sia l'ambito di tutela offerto dall'ordinamento in favore del fiduciante in ipotesi di inadempimento del *pactum fiduciae* da parte del fiduciario.

3. L'intestazione fiduciaria di azioni o quote sociali tra effettiva titolarità e mera legittimazione

Nell'ambito del negozio fiduciario, caratterizzato dal trasferimento di un diritto del fiduciante al fiduciario con obbligo di quest'ultimo di ritrasferimento al contraente (o a terzi) a semplice richiesta (c.d. *fiducia dinamica*), ovvero dall'obbligo assunto dal fiduciario già titolare del diritto oggetto del negozio fiduciario, di gestire o trasferire il diritto secondo le istruzioni del fiduciante (c.d. *fiducia statica*), la nostra giurisprudenza è tendenzialmente orientata ad ammettere (soltanto) la fiducia di tipo romanistico, caratterizzata dalla effettiva titolarità in capo al fiduciario del diritto oggetto del *pactum fiduciae* (in questo senso v. recentemente Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Corr. giur.*, 1988, 1268; Cass. 29 novembre 1983, n. 7152, in *Foro it. Rep.*, 1983, v. Società, n. 333).

Il negozio fiduciario è infatti ricostruito in giurisprudenza (ma non in dottrina, nella quale vi sono posizioni differenziate) come combinazione di due negozi, uno avente efficacia verso i terzi e l'altro a carattere interno ed obbligatorio, che impone al fiduciario di trasferire o ritrasferire la cosa o il diritto attribuitogli con il negozio reale all'altro contraente o al terzo, nell'ambito di un mandato senza rappresentanza che costituisce lo strumento tipico dell'agire per conto - ma non nel nome - altrui e si pone come la figura negoziale meglio idonea ad assorbire l'intento comune a fiduciario e fiduciante (Cass. 7 agosto 1982, n. 4438; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159; Cass. 20 maggio 1976, n. 1798).

Con specifico riferimento all'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie, soltanto occasionalmente ha trovato accoglimento la ricostruzione del negozio fiduciario cd. di tipo germanistico, fondato sulla distinzione tra proprietà da un lato e legittimazione formale dall'altro, con la conseguenza che il fiduciante dovrebbe ritenersi effettivo proprietario del bene o del diritto mentre la legittimazione all'esercizio dei diritti spetterebbe al fiduciario.

La difficoltà per i nostri giudici ad accogliere lo schema fiduciario c.d. germanistico anche nel settore delle partecipazioni societarie non è agevolmente spiegabile, poiché proprio in questo settore ben può distinguersi tra proprietà e legittimazione (si pensi, ad esempio, alle azioni, che sono titoli di credito).

Soltanto con riferimento all'intestazione di partecipazioni societarie in capo a società

fiduciarie sono rinvenibili pronunce che escludono con chiarezza che la titolarità della partecipazione appartenga alla fiduciaria.

In una importante sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite, infatti, si rinvencono le seguenti considerazioni: «La corte osserva in contrario, che la società fiduciaria è una mandataria che amministra interessi altrui, con la particolarità che essa appare - nei rapporti esterni - come proprietaria del bene fiduciario e che non le si può applicare direttamente quello schema descrittivo del negozio fiduciario, secondo cui esso si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno realmente voluto ed efficace verso terzi, e l'altro di carattere interno ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del negozio esterno, per cui il fiduciario è tenuto a trasferire la cosa o il diritto attribuitogli con il negozio reale all'altro contraente o ad un terzo (cfr., fra le altre, Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, *id.*, rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 66). Il dato normativo già ricordato (e che ha fatto ritenere a parte della dottrina che la società fiduciaria non realizza la figura di un negozio fiduciario) prescinde del tutto dal rapporto obbligatorio interno, diretto a deviare verso un risultato diverso la situazione di titolarità piena del diritto che esiste in capo al fiduciario. Infatti, questa situazione ha lo scopo di amministrazione di un bene che (nello schema legale utilizzato dalle parti, le quali, quindi, non hanno necessità di prevedere un obbligo di ritrasferimento) appartiene già effettivamente al fiduciante, in costanza all'apparente intestazione. (Cass. Sez. Unite 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Foro it.*, 1985, I, 2325).

In linea generale, peraltro, anche l'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie è ricostruita, in giurisprudenza, secondo gli schemi tipici della fiducia c.d. romanistica, con la conseguenza che il fiduciario è considerato l'effettivo titolare della partecipazione.

4. La forma del mandato o incarico fiduciario

È ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale il mandato soggiace alle medesime forme del contratto che il mandatario è chiamato a concludere *in nome proprio* e nell'interesse del mandante.

La tesi è criticata in dottrina ed è stata recentemente disattesa dalla Suprema Corte, con riferimento al mandato a costituire una società di capitali.

Si è infatti rilevato che nessuna norma prevede, espressamente o implicitamente, che il mandato debba perfezionarsi nella stessa forma eventualmente stabilita per l'atto che il mandatario si obbliga a porre in essere in nome proprio e per conto del mandante; ed è noto che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà di forma, salvo per gli atti per i quali sia specificamente imposta una forma particolare. Né può dedursi una deroga a tale principio (per il mandato senza rappresentanza) dall'art. 1392 c.c., secondo cui la procura non ha effetto (o, meglio, non è valida) se non è conferita con le forme prescritte per il

contratto che il rappresentante deve concludere.

Il mandato senza rappresentanza non è destinato ad interferire sul negozio gestorio; fra l'uno e l'altro non viene a porsi alcuna relazione; essi rimangono reciprocamente del tutto indipendenti, a causa del diaframma costituito dall'agire in nome proprio del mandatario. Di conseguenza, non vi è alcuna ragione perché il mandato debba costituirsi nella stessa forma eventualmente prevista per l'atto che, con esso, il mandatario si obbliga a concludere con il terzo; il mandato, è dunque, un contratto a forma libera (tranne che si tratti di mandato ad alienare immobili e si attribuisca ad esso, secondo un orientamento rimasto pressoché isolato, efficacia traslativa: cfr. Cass. 7 maggio 1976, n. 1594).

Si deve, tuttavia, precisare che dal mandato nasce a carico del mandatario, oltre che l'obbligazione di concludere il contratto con il terzo, anche l'obbligazione di ritrasferire al mandante il diritto che con tale contratto egli abbia acquistato. Perciò, sotto quest'ultimo riflesso il mandato opera come contratto preliminare (unilaterale), con la conseguenza che, qualora l'atto di ritrasferimento *solutionis* causa abbia per oggetto diritti immobiliari, il mandato deve rivestire, perché, il mandante possa far ricorso - nell'ipotesi di inadempimento da parte del mandatario - allo strumento di cui all'art. 2932 (richiamato dall'art. 1706, 2^o comma) la stessa forma richiesta per l'atto di ritrasferimento, dovendosi far capo all'art. 1351 c.c. e non potendo altrimenti il mandante che reclamare dal mandatario inadempiente il risarcimento del danno.

In sostanza, là dove si trovi la medesima *ratio* dell'art. 1351 c.c. (come appunto, nell'ipotesi regolata dall'art. 1706 capov.) e cioè là dove il negozio di esecuzione dell'obbligo trova fondamento nel primo negozio (nella specie, nel mandato) questo dovrà essere concluso nella stessa forma del contratto che dovrà essere stipulato a titolo di adempimento.

Concludendo, nell'ambito dell'art. 1351 vanno ricondotti i contratti con cui viene stipulato un obbligo di concludere un altro contratto e, pertanto, anche un mandato che obblighi le parti a stipulare fra di loro un successivo negozio di adempimento per il quale si prevista la forma scritta *adsubstantiarn* (mandato ad acquistare immobili, secondo la costante giurisprudenza: Cass. 23 giugno 1980, n. 2939 e, per l'ipotesi di interposizione reale, Cass. 28 marzo 1981, n. 1787).

La medesima soluzione, pertanto, non può estendersi a qualsiasi altra ipotesi di mandato a compiere un negozio solenne, se l'obbligo di ritrasferimento fra le parti può essere eseguito mediante negozio non solenne. Il mandato a costituire una società di capitali non deve risultare da atto scritto, perché, una volta stipulato il contratto solenne di società, l'obbligo di ritrasferimento che ne consegue - fra mandante e mandatario - riguarda le quote sociali o le azioni (a seconda del tipo di società); e cioè un effetto che può essere raggiunto mediante negozi a forma libera» (Cass. 2luglio 1990, n. 6764, in *Giur. it.*, 1990, I, 1694).

A proposito dell'indirizzo fatto proprio dalla sentenza in precedenza richiamata corre tuttavia l'obbligo di rilevare che l'entrata in vigore della recente legge n. 310 del 12 agosto

1993 che ha previsto oneri di forma per il trasferimento di quote di s.r.l. (atto pubblico o scrittura privata autenticata) potrebbe imporre una particolare forma anche al mandato senza rappresentanza che contempra l'obbligo di ritrasferimento in capo al mandante di quote di s.r.l. Per quanto riguarda invece l'ipotesi, ricorrente nella pratica, dell'intestazione fiduciaria di beni immobili (sia nell'ambito di quella che si è definita fiduciaria dinamica che in quella definita statica, sulle quali v. al § 3) non è dubbio che il *pactum fiduciae*, contenente l'obbligo di trasferimento o ritrasferimento dell'immobile oggetto del negozio fiduciario, debba rivestire la forma scritta a pena di nullità.

Si è recentemente osservato in giurisprudenza, sul punto, che precisati i lineamenti essenziali del negozio fiduciario e la sostanziale differenza dalla simulazione assoluta (cui è sottostante e coevo un accordo con il quale i contraenti dichiarano di non aver voluto alcuno degli effetti giuridici normalmente tipici del negozio apparentemente stipulato) e dalla simulazione relativa (sotto il duplice aspetto di un negozio effettivamente voluto dalle parti dissimulato da un negozio apparente e della interposizione fittizia di un contraente in luogo di quello effettivo) deve ritenersi che il patto di fiducia, prevedente cioè l'obbligo del fiduciario di modificare la situazione giuridica a lui realmente facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, sia soggetto, qualora riguardi beni immobili, alla forma scritta *ad substantiam*. Considerato infatti che la *ratio* della essenzialità della forma scritta precisata dall'art. 1350 per i contratti in esso elencati, risiede nella esigenza della certezza (requisito indispensabile data la rilevanza economico-sociale dei contratti stessi) e che alla medesima *ratio* è ispirato anche l'art. 1351 per il contratto preliminare, non par dubbio che la medesima disciplina debba applicarsi per il patto di fiducia, sostanzialmente assimilabile al preliminare in relazione all'obbligo di emettere la dichiarazione di volontà di concludere il contratto voluto dal fiduciante. Quanto al contenuto della scrittura documentante il patto, pur dovendosi escludere l'USO di formule sacramentarie, è indispensabile che dalla scrittura stessa risultino chiaramente l'esistenza dell'obbligo del fiduciario e gli elementi essenziali del negozio che egli deve stipulare. (Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Foro it.*, 1989, I, 101).

5. L'ambito della tutela offerto dall'ordinamento in favore del fiduciante in ipotesi di inadempimento del pactum fiduciae da parte del fiduciario.

Le considerazioni che sono state svolte in ordine agli attuali orientamenti della nostra giurisprudenza nella ricostruzione del negozio fiduciario in termini di fiducia romanistica, in cui la proprietà del bene è effettivamente trasferita in capo al fiduciario, impongono di concludere nel senso che al fiduciante è attribuita (soltanto) una tutela di natura obbligatoria.

In altri termini, attesa la natura reale dell'intestazione fiduciaria, con il conseguente effettivo trasferimento in capo al fiduciario della titolarità del bene o del diritto, il

fiduciante non può opporre ai terzi la natura fiduciaria dell'intestazione, ma può solo pretendere l'adempimento del *pactum fiduciae*. D'altra parte, seguendo la tesi dominante in giurisprudenza secondo la quale - come si è visto in precedenza - il mandato senza rappresentanza si pone come la figura negoziale più idonea ad assorbire i contenuti del *pactum fiduciae* relativo al trasferimento o ritrasferimento del bene oggetto del patto, gli strumenti di tutela individuabili in favore del fiduciante saranno quelli offerti al mandante nell'ambito del mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c. che richiama la disciplina relativa all'esecuzione dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 c.c. Si afferma infatti che il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. può essere esperito per far valere l'obbligo del mandatario di trasferire al mandante le cose acquistate per suo conto (Cass. 11 marzo 1982, n. 1583).

L'esame della vicenda da cui hanno tratto spunto le considerazioni che precedono consente di rilevare che la tutela offerta ai mandante (ma il discorso, come si è visto, non è dissimile per il fiduciante) è da rinvenirsi *nell'actio mandati* e conseguentemente degli artt. 1706 e 1713 cc.

QUESTIONI

1. Il negozio fiduciario, sia quando venga preceduto da un atto di trasferimento del diritto del fiduciante al fiduciario (cosiddetta fiducia dinamica) sia quando non lo sia, per essere il fiduciario già titolare del diritto che si obblighi a trasferire all'atto contraente o al terzo (cosiddetta fiducia statica) è sempre un atto realmente voluto, con la conseguenza che ad esso non sono estensibili le norme in tema di inopponibilità del negozio simulato ai creditori del titolare opponente?

[Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giust. civ.*, Mass. 1991, fasc. 10].

2. La prova dell'esistenza di un negozio fiduciario deve essere soltanto documentale o può essere acquisita mediante testimonianze?

[Cass. 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, 1, 2495].

3. Nell'ipotesi di intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali deve escludersi in capo al fiduciante la sussistenza di una posizione soggettiva tale da legittimare la richiesta di provvedimenti *ex art. 2409 cc.*?

[App. Milano 15 ottobre 1993, *ord.*, in *Le Società*, 1994, 217].