

Contratto costitutivo di s.p.a.

## INTESTAZIONE FIDUCIARIA DI AZIONI E CONFLITTI TRA TERZI

Cassazione civile, sez. II, 27 marzo 1997, n. 2756 – Pres. Patierno – Rel. Fantacchiotti – P.M. Dettori (conf.) – Bucciarelli A. c. Bucciarelli D. ed altri

¶ 2.2936

*Pur essendo astrattamente ammissibile nella intestazione fiduciaria di azioni a nome altrui oltre alla fiducia di tipo c.d. romanistico, che attribuisce al fiduciario la titolarità della posizione giuridica a lui intestata dando luogo ad una interposizione reale, anche la fiducia di tipo c.d. germanico, che attribuisce al fiduciario solo la legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nelle azioni mantenendo la titolarità sostanziale delle stesse in capo al fiduciante, allorché sia pacifico tra le parti che il contratto costitutivo di s.p.a. non è stato oggetto di simulazione assoluta o relativa, la intestazione fiduciaria delle azioni rappresentative del capitale sottoscritto in quel contratto può essere riferita solo alla titolarità del diritto. Certo è infatti che i soci che hanno partecipato in proprio, anche se per conto di un terzo, all'atto costitutivo della società non possono assumere, nel medesimo atto, la veste di fittizi sottoscrittori del capitale sociale e figurare, quindi, intestatari fittizi delle azioni rappresentative del capitale sociale sottoscritto.*

¶ 2.2936

*Nel caso di intestazione fiduciaria di titoli azionari intervenuta all'atto della stipulazione del contratto costitutivo di s.p.a., ogni eventuale diritto nascente dal rapporto di mandato non può fare capo che al mandante con la conseguenza che il suo avente causa non è legittimato ad invocare la norma di cui all'art. 1706 comma 1, c.c.*

¶ 2.2936

*Se l'avente causa dal mandante ha proposto domanda di risarcimento del danno nei confronti del mandatario che abbia venduto ad un terzo le azioni a lui intestate fiduciariamente e la sentenza del giudice di merito ha escluso la legittimazione a proporre la domanda in capo all'attore non essendo egli soggetto attivo del rapporto fiduciario che aveva accompagnato la intestazione delle azioni, è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con cui si lamenta che la sentenza di merito abbia omissa di considerare che con il trasferimento dei suoi diritti sulle azioni il fiduciante aveva trasferito all'acquirente ogni diritto nei confronti del fiduciario e, perciò, anche la legittimazione alla azione di risarcimento per la violazione del pactum fiduciae. Infatti detto motivo introduce una causa petendi (la lesione del diritto*

*di credito del fiduciante) ed un tema d'indagine (la cessione, cioè, del solo rapporto fiduciario) non prospettati in sede di merito. (Massime non ufficiali).*

... Omissis ...

Motivi

I due ricorsi debbono essere riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Il ricorrente principale denuncia la «violazione degli artt. 112-115 c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1707 e 1706 c.c., la violazione e falsa applicazione delle norme e principi in tema di negozio fiduciario, di intestazione di beni sotto nome altrui, di effetti dell'acquisto a non dominio, di rilevanza della buona fede» nonché «omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivi della controversia, in relazione ai testi e principi citati (artt. 360 nn. 3, 4, 5 c.p.c.)».

La Corte di merito, secondo il predetto ricorrente:

1) ha anzitutto posto a base della decisione circostanze di fatto mai dedotte o provate dalle parti;

2) ha erroneamente addebitato ad esso ricorrente di avere sostenuto che la Brambilla fosse proprietaria delle azioni a lei intestate quando è, invece, vero proprio il contrario, avendo egli sempre considerato, nei propri scritti, «divergente dalla realtà la intestazione delle azioni ai sig.ri Brambilla e Marino, che, del resto, non erano e non si ritenevano gli effettivi titolari delle azioni»;

3) ha erroneamente ritenuto che l'unica fiducia possibile, nella intestazione di azioni a nome altrui, fosse quella di tipo romanico, quando la dottrina è concorde nel ritenere che proprio per i titoli di credito, quali sono le azioni, è possibile distinguere tra titolarità del diritto incorporato nel documento e legittimazione all'esercizio del diritto (come è, del resto, chiarito dalla legge sulle società fiduciarie (R.D. 29 marzo 1942, n. 239), ove è espressamente imposto alle società che abbiano intestato a proprio nome i titoli azionari appartenenti a terzi di dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi) così omettendo di valorizzare a) la circostanza che tutte le parti hanno sempre riconosciuto che la Brambilla ed il Marino non erano gli effettivi proprietari delle azioni, b) la circostanza che il trasferimento delle azioni intestate alla Brambilla era stato in realtà effettuato come trasferimento all'effettivo proprietario (o meglio, al rappresentante dell'effettivo proprietario, individuato nello studio Bucciarelli, a nome del quale Domenico Bucciarelli

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1080

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 9/1997

poteva agire), c) la circostanza che per il trasferimento delle azioni non era stato pagato alcun prezzo, d) la circostanza che l'operatività della clausola statutaria sul diritto di prelazione dei soci era concordemente esclusa dalle parti proprio per la natura dichiarativa del trasferimento dal fiduciario all'effettivo proprietario;

4) ha del tutto omesso di considerare che se la costituzione della società era stata realizzata dalla Brambilla e dal Marino per adempiere ad un mandato, doveva ritenersi applicabile l'art. 1706 c.c., che consente al mandante di rivendicare, nei confronti dei terzi in mala fede, le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario;

5) ha, infine, omesso di considerare che, con il trasferimento dei suoi diritti sulle azioni, il Roda (fiduciante) aveva comunque trasferito all'acquirente Antonio Bucciarelli ogni suo diritto nei confronti del fiduciario, e, perciò, anche la legittimazione alla azione di risarcimento per la violazione del *pactum fiduciae*.

Le prime tre censure sono interdipendenti e debbono essere perciò esaminate congiuntamente.

Esse debbono essere disattese.

La Corte di merito non ha affatto ritenuto che l'unica intestazione fiduciaria di azioni a nome altrui fosse quella di tipo c.d. romantico, che attribuisce al fiduciario la titolarità della posizione giuridica a lui intestata dando luogo ad una interposizione reale, e non quella di tipo c.d. germanico, che attribuisce al fiduciario solo la legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nelle azioni, mantenendo la titolarità sostanziale delle stesse in capo al fiduciante, ma ha piuttosto affermato, sia pure con una motivazione che lascia al lettore il compito di ricostruire alcuni passaggi logici intermedi, che, dovendosi escludere, perché mai dedotta dalle parti, la simulazione del contratto costitutivo della società (nel quale, quindi, il capitale sociale deve considerarsi sottoscritto, in proprio, anche se con il vincolo fiduciario, dalla Brambilla e dal Marino), la intestazione fiduciaria delle azioni rappresentative del capitale sottoscritto in quel contratto potesse essere riferita solo alla titolarità del diritto e che in tal senso dovessero essere, conseguentemente, lette le deduzioni ed allegazioni di parte.

Tale argomento, che, come è evidente, attiene alla interpretazione delle allegazioni contenute nelle difese di Antonio Bucciarelli resiste senz'altro alla censura di omessa o insufficiente valutazione dei passi degli scritti difensivi dai quali risulterebbe, secondo il ricorrente, una diversa prospettazione dei fatti dedotti.

È vero che i reiterati riferimenti, contenuti negli scritti difensivi di Antonio Bucciarelli, al rapporto fiduciario che avrebbe sin dall'origine legato la Brambilla ed il Marini al Roda non implicano necessariamente la prospettazione di una interposizione reale nella intestazione delle azioni, delle quali lo stesso Antonio rivendica, nei medesimi scritti, la "proprietà" e che esigenze di comple-

tezza della motivazione avrebbero, quindi, consigliato una più specifica analisi del significato letterale e logico di questi passi delle difese di Antonio Bucciarelli.

Ma, poiché la reiterata affermazione del proprio diritto di proprietà, (come quella dell'altrui diritto di proprietà contenuta negli scritti difensivi della Brambilla) potrebbe anche alludere solo al contenuto economico, non al profilo formale e giuridico, del rapporto, la denunciata carenza formale della motivazione non può certo tradursi in un vizio esiziale della sentenza che resta, comunque, ancorata alla considerazione che la prospettazione e l'accertamento di una interposizione reale (ancorché fiduciaria) della Brambilla (e del Marini) è l'unica compatibile con la circostanza, del tutto pacifica anche negli scritti di parte prodotti in questo grado, che le azioni intestate ai soci fondatori sono solo quelle rappresentative delle quote della società da loro sottoscritte nell'atto costitutivo, del quale nessuno ha sostenuto o eccepito la simulazione relativa.

Anche ponendosi nella corretta prospettiva di distinguere nettamente il momento genetico della costituzione della società per azioni da quello della emissione delle azioni (che può anche mancare, ai sensi dell'art. 5 R.D. 29 marzo 1942 n. 239) e della loro sottoscrizione, certo è, infatti, che i soci che hanno partecipato in proprio, anche se per conto di un terzo, all'atto costitutivo della società non possono assumere, nel medesimo atto, la veste di fittizi sottoscrittori del capitale sociale e figurare, quindi, intestatari fittizi delle azioni rappresentative del capitale sociale sottoscritto.

L'interpretazione delle allegazioni di Antonio Bucciarelli nel senso da questo sostenuto in questa sede si sarebbe posta, quindi, in stridente contrasto con le premesse di fatto enunciate dalla stessa parte, e del resto non controverse, circa la reale presenza, nell'atto costitutivo, della Brambilla e del Marini, in funzione della esigenza di assicurare quella pluralità di soci senza della quale il predetto atto sarebbe stato nullo.

Infondata è anche la quarta censura.

Essendo accertato in sede di merito, con una motivazione che, come si è detto, resiste alle critiche del ricorrente principale, che il rapporto fiduciario (e di mandato) è intercorso, sia pure per il tramite dello studio Bucciarelli, solo tra il Roda (o la società Spim) e la Brambilla (ed il Marini), che, per conto del Roda (o della società Spim), ma nel nome proprio, ha stipulato il contratto sociale, sottoscritto, per la sua quota, il capitale sociale ed intestato a suo nome le azioni, ogni eventuale diritto nascente dal rapporto di mandato non può fare capo che al Roda (o alla società Spim).

La quinta censura è, infine, inammissibile.

Dalla sentenza impugnata risulta che Antonio Bucciarelli, nelle fasi di merito, ha fatto dipendere la sua domanda risarcitoria nei confronti della Brambilla solo dalla asserita qualità di acquirente delle azioni del Roda e dalla asserita lesione,

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1081

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 9/1997

quindi, del diritto che assumeva di avere acquistato sulle predette azioni.

La censura in esame lega, invece, la domanda alla asserita cessione, da parte del Roda (o della società Spim), della «legittimazione alla azione di risarcimento per la violazione del *pactum fiduciae*» o, in altri termini, del diritto al risarcimento del danno nascente dall'asserito inadempimento, da parte della Brambilla, della obbligazione che, in virtù del patto fiduciario, la impegnava ad amministrare e gestire le azioni a lei intestate secondo le direttive del fiduciante (Roda o società Spim).

Essa introduce, cioè, una *causa petendi* (la lesione del diritto di credito del fiduciante) ed un tema di indagine (la cessione, cioè, del solo rapporto fiduciario) non prospettati in sede di merito (o, comunque, nel giudizio di appello) ove è, conseguentemente, mancata ogni verifica della dedotta cessione alla stregua delle norme giuridiche che regolano la cessione del contratto, quale è il patto fiduciario.

Tale censura non può essere, pertanto, ammessa

in questa sede, avendo questa Corte ripetutamente chiarito che nel giudizio di legittimità, a parte le questioni rilevabili di ufficio, non possono essere prospettate, con i motivi di ricorso, doglianze che pongano a fondamento della domanda (o della eccezione) titoli diversi da quelli fatti valere nel giudizio di merito (sent. n. 3810/95; sent. n. 5106/95). Si è chiarito, infatti, che i motivi di ricorso per cassazione possono investire solo questioni che abbiano formato oggetto del *thema decidendum* del giudizio di secondo grado, come fissato dalle impugnazioni e dalle richieste delle parti, ed, in particolare, non possono riguardare neanche nuove questioni di diritto se esse implicano la modificazione, anche in ordine agli elementi di fatto, dei termini della controversia (sent. n. 11062/94).

Il rigetto del ricorso principale esclude la necessità di esaminare il ricorso incidentale condizionato di Domenico Bucciarelli.

... *Omissis* ...

## IL COMMENTO

di Vincenzo Mariconda

### La vicenda processuale

Dalla pronuncia annotata emergono alcuni punti certi relativi alla vicenda che ha originato la controversia tra due fratelli in ordine alla titolarità di un pacchetto azionario.

È certo che la società era stata costituita tra i dipendenti di uno studio professionale che aveva agito su incarico di un cliente: la sig.ra Brambilla e il sig. Marino avevano costituito la s.p.a. CO.M.D.A.S. prestandosi alla richiesta del "professionista" presso il quale lavoravano, che a sua volta aveva agito su incarico del cliente Giuseppe Roda (che non si sa bene se fosse intervenuto in proprio o nella qualità di legale rappresentante di una sua società, la S.P.I.M. del Gruppo Roda - Acciai).

Va a questo punto chiarito che "il professionista" che aveva curato la costituzione della società era in realtà una struttura formata dai due fratelli Bucciarelli: Domenico e Antonio, tra i quali si è sviluppata la controversia.

Infatti la sig.ra Brambilla, dopo due anni dalla costituzione della società, aveva provveduto ad intestare le azioni al fratello Domenico il quale, dopo altri due anni, aveva iniziato un primo giudizio nei confronti del fratello Antonio proponendo domanda di accertamento della proprietà delle azioni stesse; il convenuto nel costituirsi aveva formulato a sua volta domanda riconvenzionale di rivendica delle azioni sostenendo di averle acquistate per effetto di un contratto intervenuto con la summenzionata «S.P.I.M. del Gruppo Roda - Acciai, effettiva proprietaria dell'intero pacchetto azionario della società CO.M.D.A.S., solo fidu-

ciariamente intestato alla Brambilla ed a certo sig. Marino ...».

Contemporaneamente Antonio aveva iniziato un secondo giudizio nei confronti della sig.ra Brambilla per chiederne la condanna al risarcimento dei danni che gli sarebbero derivati dalla vendita delle azioni a Domenico.

La Brambilla aveva contestato il fondamento della domanda sostenendo «di avere legittimamente girato le azioni a Domenico per onorare l'impegno assunto con il patto fiduciario che aveva accompagnato l'intestazione a suo nome delle stesse».

Le due cause erano state riunite e decise sia dal Tribunale di Monza sia dalla Corte d'Appello di Milano nel senso sostanzialmente favorevole a Domenico e contrario ad Antonio.

In particolare, a quanto emerge dalla narrativa della sentenza ora annotata, la Corte di merito, per respingere la domanda di rivendicazione delle azioni proposta dal fratello Antonio, si era fondata sulla sua stessa ricostruzione dei fatti per affermare che essendo pacifico che la sig.ra Brambilla, dopo la costituzione della società, non aveva trasferito le azioni all'asserito fiduciante (soc. S.P.I.M. o Roda), ne derivava che dovesse «considerarsi perfettamente valido il trasferimento delle azioni effettuate a Domenico Bucciarelli dalla Brambilla, che delle azioni, essendo giuridicamente proprietaria, poteva disporre, salve le eventuali responsabilità nei confronti del Roda per l'eventuale inadempimento del patto fiduciario che a quest'ultimo la legava».

Aggiungeva la Corte milanese che nessun rilievo poteva presentare, al fine di attribuire ad Antonio la proprietà delle azioni, l'acquisto che egli aveva operato dal preteso fiduciante «che, nel rapporto giuridico prospettato dalle stesse parti, non poteva considerarsi proprietario delle azioni ma solo soggetto attivo di un rapporto obbligatorio con la fiduciaria Brambilla non opponibile ai terzi».

Quanto alla pretesa risarcitoria fatta valere da Antonio Bucciarelli nei confronti della sig.ra Brambilla, la stessa non veniva neppure esaminata nel merito per l'asserito difetto di legittimazione attiva.

### Le soluzioni della Cassazione

Le questioni affrontate e risolte dalla pronuncia annotata costituiscono una sorta di "cartina di tornasole" di alcuni dei punti più controversi in materia di intestazioni fiduciarie di titoli azionari.

Riducendo all'essenziale la controversia intervenuta tra i due fratelli, si trattava di stabilire se potessero avere un qualche rilievo le pretese fondate sull'acquisto che uno di essi aveva realizzato dall'asserito fiduciante a fronte del trasferimento delle azioni che il fiduciario aveva effettuato a favore dell'altro: veniva cioè in considerazione una controversia fra terzi, in ordine alla titolarità di azioni precedentemente intestate a un soggetto nella sicura qualità di fiduciario essendo semplicemente incerta l'identità del fiduciante.

Ma questa incertezza è stata ritenuta irrilevante sia dalla Corte milanese sia dalla Cassazione che ha incentrato la propria motivazione sulla circostanza pacifica della effettività della intestazione fiduciaria delle azioni per trarre il logico corollario della infondatezza delle censure svolte avverso la sentenza impugnata: censure delle quali la terza faceva riferimento alla omessa considerazione da parte della Corte di merito dell'esistenza, accanto alla fiducia romanistica, anche della possibilità di distinguere, proprio per i titoli di credito, «tra titolarità del diritto incorporato nel documento e legittimazione all'esercizio del diritto».

Il ragionamento contenuto nella sentenza annotata al fine di escludere la fondatezza di questo motivo di impugnazione si riduce a ciò: che non essendo mai stata dedotta la simulazione del contratto costitutivo della società neppure sotto il profilo della simulazione relativa, «la prospettazione e l'accertamento di una interposizione reale (ancorché fiduciaria) della Brambilla (e del Marini) è l'unica compatibile con la circostanza, del tutto pacifica anche negli scritti di parte prodotti in questo grado, che le azioni intestate ai soci fondatori sono solo quelle rappresentative delle quote della società da loro sottoscritte nell'atto costitutivo».

Di notevole interesse si presentano gli ulteriori motivi di impugnazione relativi alla omessa considerazione del disposto dell'art. 1706 c.c. e dell'avvenuto trasferimento dal fiduciante al ricorrente di «ogni suo diritto nei confronti del fiduciario, e, perciò, anche (del)la legittimazione alla azione di risarcimento per la violazione del *pactum fiduciae*».

Purtroppo le questioni sollevate con questi due motivi non sono state esaminate nel merito dalla Cassazione: la quale da un lato ha ritenuto non invocabile dal ricorrente il disposto dell'art. 1706 c.c. dal momento che «ogni eventuale diritto nascente dal rapporto di mandato non può fare capo che al Roda (o alla società S.P.I.M.)»; dall'altro ha escluso che il ricorrente avesse introdotto, nella fase del merito, la pretesa risarcitoria collegata alla intervenuta cessione, oltre che delle azioni, anche del diritto di credito del fiduciante nei confronti del fiduciario.

Alla fine la motivazione della sentenza lascia il lettore curioso nella incertezza di come si sarebbe pronunciata la Cassazione nell'ipotesi in cui ad agire non fosse stato il terzo, acquirente dal fiduciante, ma direttamente quest'ultimo: senza poter appagare questa curiosità mi pare se non altro utile svolgere alcune puntualizzazioni sui temi non approfonditi dalla sentenza.

### Un elenco di problemi

Di fronte ad un fenomeno di interposizione di persona il primo interrogativo che si pone è, com'è noto, se l'interposizione sia reale o fittizia: sulla distinzione tornerò in seguito ricollegandomi al filo logico-argomentativo contenuto nella pronuncia annotata.

Dando per scontato che ci si trovi di fronte ad una interposizione reale, mi pare che si possano porre i seguenti interrogativi:

a) se, anzitutto, la posizione del fiduciario sia sempre omogenea in relazione a qualunque tipo di *beni*;

b) se sia riscontrabile una sola posizione omogenea o ne siano individuabili due, riferibili entrambe alle varie categorie di *beni*;

c) se, in definitiva, il dilemma che si esprime nelle formule "fiducia romanistica" e "fiducia germanistica" si ponga negli stessi termini per i beni immobili, per i beni mobili e, tra questi, per i valori mobiliari e per i titoli di credito (considerando tra essi i titoli azionari);

d) se questo dilemma rifletta una alternativa la cui soluzione è rimessa alla autonomia privata o se per contro per certi beni (gli immobili) sia configurabile la sola "fiducia romanistica" mentre per altri siano configurabili entrambe le categorie o, addirittura, la sola "fiducia germanistica";

e) se, con specifico riferimento ai titoli di credito, la distinzione tra le due categorie di fiducia coincida con quella tra "titolarità" e "legittimazione" (contrapponendosi la "titolarità fiduciaria", cioè la prima delle situazioni fiduciarie, alla "titolarità nell'interesse proprio");

f) se il quesito da ultimo proposto presenti, con riferimento ai titoli nominativi, e in specie alle azioni, una connessione diretta con il problema della estensione del principio consensualistico anche a detti beni.

Come si vede, una rassegna complessa di problemi la cui trattazione analitica si impone a mio avviso proprio al fine di evitare il vizio di prospettiva conseguente a un eccesso di generalizzazione.

È opportuno a questo punto tornare alla sentenza annotata e, in particolare, a quanto essa scrive a proposito della distinzione tra le due fiducie: come già anticipato il ricorrente lamentava tra l'altro che la Corte milanese avesse ignorato questa distinzione e aveva formulato una accusa sicuramente ingiusta posto che la stessa Corte ha, in altre occasioni, mostrato di conoscere perfettamente i termini della menzionata distinzione e, anche nella decisione impugnata ha, a quanto puntualizza la Cassazione, posto le corrette premesse di diritto «sia pure con una motivazione che lascia al lettore il compito di ricostruire alcuni passaggi logici intermedi».

Peraltro la Cassazione mostra di condividere la conclusione della Corte di merito nella parte in cui essa ha collegato alla mancata prospettazione della simulazione assoluta e relativa del contratto costitutivo della società il corollario che la intestazione fiduciaria delle azioni rappresentative del capitale sottoscritto in quel contratto potesse essere riferita solo alla titolarità del diritto e non alla legittimazione distinta dalla titolarità.

Questa conclusione, sulla quale si tornerà in prosieguo, pare ineccepibile: se infatti due o più persone si accordano per costituire una società e sottoscrivono il relativo capitale, sia pure nell'interesse altrui, ciascuno di essi diventa *proprietario delle azioni sottoscritte*.

Sicché, con riferimento alla fase costitutiva della società, si potrebbe sostenere che la distinzione tra "fiducia romanistica" e "fiducia germanistica" coincide con quella tra "interposizione reale" e "interposizione fittizia".

### Proprietà immobiliare e fiducia

Ritornando agli interrogativi formulati in precedenza pare che si possa escludere in radice che, con riferimento alla proprietà immobiliare, abbia rilievo nel nostro sistema la distinzione tra la "fiducia romanistica" e la "fiducia germanistica" e ciò nel senso che la sola ipotesi di fiducia prospettabile è la prima, contrassegnata dalla rilevanza meramente obbligatoria del vincolo che lega il fiduciario al fiduciante (1).

Su questa conclusione esiste sostanziale concordanza sia in dottrina sia in giurisprudenza anche se essa è stata oggetto di una recente verifica con riferimento al tema specifico degli acquisti immobiliari realizzati per conto di comitati.

Per questi enti si pone anzitutto il problema se essi siano dotati di soggettività; per chi risponde negativamente si pone il problema della titolarità dei beni costituiti dal cosiddetto patrimonio di oblazione, problema che può essere risolto nel senso di considerare i gestori dei fondi quali proprietari fiduciari, con la peculiarità della «esistenza di un vincolo reale – e non soltanto personale – sul patrimonio d'oblazione; se alla sola autorità governativa è dato di disporre (e nei casi tassativamente previsti dall'art. 42) una diversa destinazione dei beni, è certo che quella destinazione non potrà cessare per effetto del trasferi-

mento della proprietà di essi o dell'azione esecutiva dei creditori personali dei gestori. È, certo, cioè, che il vincolo di destinazione inerente quei beni sarà opponibile ai terzi o, riguardando il fenomeno da un altro punto di vista, che il loro trasferimento non potrà che conseguire alla sostituzione dei gestori» (2).

Qualora per contro i comitati vengano considerati dotati di soggettività e di conseguente capacità di titolarità di situazioni giuridiche, si pone l'ulteriore problema della estensione di detta capacità agli acquisti immobiliari.

A questo proposito il noto precedente costituito dalla pronuncia della Cassazione 12 giugno 1986, n. 3898, partendo dalla premessa della soggettività del comitato e della appartenenza ad esso dei «beni confluiti al comitato a seguito delle oblazioni e (di) quelli acquistati con quelle offerte», aveva però ritenuto che lo stesso comitato non potesse ottenere la intestazione immobiliare, occorrendo «una intestazione ad un soggetto dotato di personalità giuridica» con la conseguenza che «alla situazione reale (acquisto in capo al soggetto comitato) non corrisponde la situazione quale risulta nei registri immobiliari (acquisto in capo a chi agisce quale organo del comitato)».

La pronuncia era pertanto pervenuta alla conclusione che «di fronte a questa situazione non viene meno l'attribuzione della proprietà al comitato. Ma a carico della persona-organò si costituisce l'obbligazione fiduciaria di conservare il bene nel patrimonio del comitato, di non trasferirlo ad altri soggetti, con negozio che riuscirebbe, proprio in forza della regola in materia di pubblicità immobiliare, a far perdere la proprietà al comitato» (3).

A pochi anni di distanza la Cassazione, nella

#### Note:

(1) La sintesi del comune modo di intendere la proprietà fiduciaria nel nostro sistema si ritrova efficacemente posta da Galgano, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 1993, 409 ss. L'autore puntualizza che «nel nostro sistema dominato dal principio della tipicità dei diritti reali, la proprietà fiduciaria non può essere il prodotto dell'autonomia contrattuale»; e, dopo avere richiamato i fenomeni delle società fiduciarie, delle società di gestione di fondi comuni di investimento e della c.d. fondazione fiduciaria, conclude testualmente che «fuori dei casi nei quali la legge consente di configurare una proprietà fiduciaria, il contratto traslativo attribuisce al fiduciario una proprietà di diritto comune; il vincolo fiduciario, risultante dal *pactum fiduciae*, resta un vincolo puramente interno, non opponibile ai terzi. Ne deriva che la violazione del patto da parte del fiduciario attribuisce al fiduciante solo una azione di danni per inadempimento; e che le cose fiduciarmente trasferite al fiduciario non sono sottratte all'azione esecutiva dei suoi creditori».

(2) Così Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, a cura di Scialoja-Branca, 296.

(3) La pronuncia di Cass. 12 giugno 1986, n. 3898 si trova pubblicata in questa *Rivista*, 1986, 8, 840 con mia nota; in *La nuova giur. civ. comm.*, 1987, 16 con nota di Memo; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1015 con nota di Scognamiglio; in *Foro it.*, 1986, I, 2123. Da essa trae spunto, per l'approfondimento della materia, M. Graziadei, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 119, e a essa da ampio risalto Caliceti, *Considerazioni inattuali in tema di comitati*, Milano, 1994.

successiva pronuncia del 23 giugno 1994, n. 6032, è ritornata sullo stesso argomento ribaltando le conclusioni precedentemente esposte e pervenendo alla conclusione che «i fondi raccolti ed i beni acquistati con tali fondi non costituiscono oggetto di proprietà dei componenti, ma appartengono all'ente al quale, quindi, va riconosciuta la titolarità diretta dei rapporti a contenuto patrimoniale sia relativamente ai beni mobili, sia relativamente ai beni immobili. In aderenza a tale impostazione deve, poi, precisarsi che per quanto riguarda tali beni è ormai venuto meno l'ostacolo comunemente addotto per contrastare la tesi della capacità immobiliare del comitato, fondata sulla mancanza di norme regolatrici della pubblicità immobiliare, dalla quale si deduceva, con l'impossibilità di trascrivere l'acquisto al nome dell'ente, l'incapacità immobiliare del medesimo» (4).

È evidente che queste premesse conducono al risultato di considerare i comitati alla stregua degli altri soggetti di diritto e tolgono pertanto specificità al tema dei rapporti tra comitati e proprietà fiduciaria: in definitiva, così come qualunque altro soggetto, anche i comitati possono essere intestatari di immobili e quindi, se il gestore di un fondo provveda a intestarsi un immobile acquistato con il patrimonio di oblazione, egli assume la veste di fiduciario del comitato così come potrebbe assumere analogo ruolo con riferimento a qualunque altro soggetto (persona fisica, persona giuridica, ente non riconosciuto).

Diventa pertanto misteriosa la ragione che, nella richiamata pronuncia della Cassazione 23 giugno 1994, n. 6032, sorregge la conclusione della ammissibilità della azione di accertamento della proprietà dell'immobile proposta dal comitato nei confronti degli eredi del promotore del comitato e gestore dei relativi fondi.

Al fine di pervenire alla conclusione cui è pervenuta, la Cassazione avrebbe dovuto affrontare la questione se gli immobili acquistati a proprio nome dalla persona fisica-organo del comitato appartengano automaticamente all'ente per il solo fatto che l'organo abbia utilizzato danaro di pertinenza dell'ente stesso.

Con riferimento a qualunque altro soggetto di diritto la risposta all'interrogativo sarebbe obbligata: l'acquirente dell'immobile che abbia agito in nome proprio ma nell'interesse altrui sarebbe diventato effettivamente proprietario dell'immobile con l'obbligo di gestirlo secondo le istruzioni ricevute e di trasferirlo al fiduciante (o mandante) su sua richiesta: quest'ultimo, conseguentemente, non avrebbe titolo per chiedere l'accertamento della proprietà dell'immobile stesso ma dovrebbe agire ai sensi dell'art. 2932 c.c. per chiedere il trasferimento del bene mediante sentenza costitutiva.

Per tornare alla distinzione delle due fiducie si comprende pertanto la ragione per cui in materia immobiliare è concepibile la sola fiducia romanistica: ciò perché in relazione ai beni immobili non

è configurabile la scomposizione tra titolarità del diritto di proprietà e legittimazione al relativo esercizio. Con la conseguenza che, nel caso di intestazione fiduciaria dell'immobile, solo il fiduciario può essere considerato proprietario del bene anche se obbligato, in base al *pactum fiduciae*, a gestirlo in conformità alle istruzioni ricevute ovvero a ritrasferirlo al fiduciante o ad un altro soggetto dallo stesso indicato (5).

Questo solido insegnamento, costantemente ripetuto dalla giurisprudenza ad eccezione della richiamata pronuncia in materia di comitati, porta al corollario della inopponibilità ai terzi del vincolo obbligatorio che lega il fiduciario al fiduciante anche se, a questo proposito, non può escludersi la responsabilità aquiliana del terzo nei casi in cui egli abbia collaborato consapevolmente nell'inadempimento alle obbligazioni gravanti sul fiduciario o interposto.

### I beni mobili in genere

Come chiarito in precedenza la pronuncia annotata si è liberata con poche parole del motivo di ricorso con cui si lamentava la violazione dell'art. 1706 c.c. sotto il profilo della omessa considerazione dell'avvenuta costituzione della società, da parte dei due fiduciari, per adempiere il mandato intervenuto con il fiduciante.

A questo proposito la sentenza si è limitata a sottolineare che il rapporto fiduciario (e di mandato) era intervenuto con un soggetto diverso rispetto a chi ne aveva lamentato la relativa violazione in giudizio, sicché «ogni eventuale diritto nascente dal rapporto di mandato non può fare capo che al ... mandante».

Ora non può trascurarsi che chi agiva in giudizio lo faceva in forza di un titolo di acquisto proveniente proprio dal mandante: infatti uno dei titolari dello studio professionale che aveva curato la costituzione della società per conto del cliente sosteneva di avere acquistato dal cliente stesso le

#### Note:

(4) Cass. 23 giugno 1994, n. 6032 in questa *Rivista*, 1994, 10, 1220 ss., con mia nota.

(5) L'orientamento comune della giurisprudenza in materia di acquisti immobiliari del mandatario senza rappresentanza è nel senso che «qualora il mandatario non dichiari ai terzi di contrattare in nome del mandante, si verifica un tipico caso di interposizione di persona che, mentre consente al mandante di rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto, e di esigere i crediti derivanti dall'esecuzione del mandato, non gli consente di rivendicare le cose immobili acquistate per conto di lui ma in nome proprio dal mandatario, essendo necessario perché gli immobili passino in proprietà al mandante che il mandatario li ritrasferisca» (così Cass. 15 febbraio 1978, n. 707 in *Vita not.*, 1978, 149. Conforme, tra le altre, Cass. 25 gennaio 1974, n. 202 in *Giust. civ.*, 1974, I, 572; Cass. 20 marzo 1982, n. 1814; Cass. 11 marzo 1982, n. 1583, in *Vita not.*, 1982, 650). Sempre in materia di acquisti immobiliari da parte di un fiduciario (nella specie si trattava della convivente *more uxorio*) cfr. Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in questa *Rivista*, 1993, 7, 855 con nota di V. Carbone, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

azioni che la fiduciaria aveva poi alienato all'altro titolare dello studio professionale.

Essendo quest'ultimo in una situazione psicologica di sicura conoscenza delle pretese del proprio avversario (e quindi terzo di mala fede), non pare che la questione sollevata dal ricorrente potesse essere sbrigativamente risolta così come operato dalla Cassazione.

Se è vero infatti che i diritti nascenti dal mandato senza rappresentanza non possono fare capo a soggetti diversi dal mandatario è però innegabile che con riferimento ai beni mobili in genere si pone il problema della titolarità dei diritti acquistati dal mandatario in nome proprio ma per conto del mandante: un problema per così dire "classico", che, pur avendo impegnato generazioni di giuristi, non si può ritenere avviato a soluzione tant'è che i riferimenti giurisprudenziali in materia non brillano per chiarezza e coerenza argomentativa.

Il punto di partenza è rappresentato dal disposto dell'art. 1706, comma 1 c.c. secondo cui «il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso di buona fede».

La previsione della possibilità per il mandante di proporre l'azione di rivendica malgrado il mandatario abbia agito acquistando il bene mobile a proprio nome pone il problema di stabilire se il mandante divenga automaticamente proprietario dei beni che può rivendicare, così come sostengono la prevalente dottrina e giurisprudenza (6); o se egli sia legittimato ad agire in virtù di una legittimazione straordinaria, di un caso di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c.

Per chi ritiene, e come visto si tratta della minoranza, che il mandatario che agisce in nome proprio acquisti la proprietà oltre che dei beni immobili anche dei beni mobili, si pone l'ulteriore problema di valutare come si concili la qualità di proprietario del mandatario con il limite della tutela dei terzi quale emerge dall'inciso finale della norma che a prima vista parrebbe implicare che l'acquirente dal mandatario acquisti *a non domino*. Non pare che si tratti di una implicazione necessaria: infatti sono molte le norme che, con riferimento ai beni mobili, nel disciplinare gli strumenti di tutela accordati al proprietario fanno salvi gli effetti del principio "possesso vale titolo".

Quindi i terzi la cui buona fede viene fatta salva dall'art. 1706 comma 1 c.c. non coincidono necessariamente con gli aventi causa dal mandatario il quale non viene pertanto implicitamente considerato *non dominus* dal citato disposto normativo.

Senza poter procedere ad ulteriori approfondimenti pare sia legittimo affermare che il tema degli acquisti mobiliari del mandatario senza rappresentanza si presta a molteplici soluzioni dal punto di vista delle richiamate categorie di proprietà fiduciaria:

a) per una prima tesi la proprietà del bene mobile apparterebbe direttamente al mandante salva la possibilità per il mandatario di agire a sua volta facendo valere il proprio titolo di acquisto (7);

b) per una seconda tesi, pur essendo il mandatario proprietario dei beni mobili acquistati in proprio nome, non di meno gli eventuali subacquirenti non diventerebbero proprietari qualora fossero consapevoli del rapporto di mandato e del fatto che l'acquisto del bene era stato operato nell'interesse del mandante (8);

c) per una terza tesi la riconosciuta proprietà dei beni mobili acquistati in proprio nome dal mandatario comporterebbe l'applicazione di un regime sostanzialmente identico sia per i beni mobili sia per i beni immobili, con la sola differenza della legittimazione straordinaria all'esercizio dell'azione di rivendica per i beni mobili (9).

#### Note:

(6) La teoria che riscuote maggiori consensi in relazione al disposto dell'art. 1706 comma 1 c.c. è quella che considera il mandante proprietario delle cose mobili acquistate dal mandatario per suo conto anche se in nome proprio: questa conclusione esposta dalla dottrina con motivazioni diverse si ritrova enunciata dalla maggior parte degli autori. Cfr. in particolare Pugliatti, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante e Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 440 ss., 490 ss.; Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato dir. civ. it. dir. da Vassalli*, 102 ss.; Monacciani, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, 227 ss.; S. Ferrari, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, 89 ss.; Ferrara Jr., *Gli imprenditori e le società*, Varese, 1975, 132; Campagna, *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 11; Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trat. dir. civ. e comm.*, già dir. da Cicu-Messineo, cont. da Mengoni, 268. Per ulteriori riferimenti dottrinari e per l'illustrazione di tutta la problematica cfr. Calvo, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, 90 ss. ed in specie 141 ss., ove viene sostenuta l'opinione contraria e l'attribuzione della rivendica al mandante viene spiegata «quale strumento per far valere la pretesa obbligatoria *ex mandato* anche contro terzi in modo da assicurare il perfezionamento del programma negoziale, in coerenza alla tratteggiata sfumatura di "realità" che l'ordinamento ha riservato a determinate categorie di situazioni soggettive tramandateci dalla tradizione sotto il nome di diritti "relativi"». Quanto alla giurisprudenza, affermano l'acquisto diretto della proprietà dei beni mobili in capo al mandante, tra le altre, Cass. 11 giugno 1971, n. 1748, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 354; Cass. 18 marzo 1966, n. 773; Cass. 12 luglio 1958, n. 2539, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 586.

(7) Cfr. gli autori e le sentenze di cui alla nota precedente.

(8) Cfr. Calvo, *La proprietà del mandatario* cit., secondo il quale, pur essendo il mandatario proprietario dei beni mobili acquistati a suo nome, «il legislatore ha ritenuto opportuno evitare che l'attuazione del programma negoziale fosse in totale balia del mandatario. Ha quindi riconosciuto all'interesse del mandante una tutela rafforzata al fine di metterlo al riparo dal pericolo di condotte abusive perpetrate da chi è pur sempre proprietario (ancorché "interinale"), limitando l'opponibilità (verso il mandante) del trasferimento "infedele" alla sussistenza della buona fede del terzo acquirente di cosa mobile».

(9) Non prende posizione con riferimento al problema se il terzo acquirente della cosa mobile dal mandatario acquisti *a domino* o *a non domino*, Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 114 nota 2, nella quale contrappone l'obbligazione «di consegna derivante da un contratto con efficacia reale» a quella derivante «da un mandato ad acquistare mobili» per sottolineare che il caso del mandatario che dispone in favore di un terzo della cosa mobile acquistata per conto del mandante non è regolato dall'art. 1155 c.c.

Com'è chiaro, ciascuna di queste tesi propone interrogativi di rilievo con riferimento all'inquadramento della "situazione proprietaria": sia la conclusione della proprietà in capo al mandante sia quella della proprietà in capo al mandatario devono spiegare il fondamento della concorrente legittimazione dell'altro soggetto; inoltre la tesi per cui il mandatario sarebbe proprietario ma non potrebbe disporre del bene mobile si presenta contrassegnata dall'apparente paradosso per cui alla titolarità del diritto non corrisponderebbe la legittimazione: non saremmo cioè di fronte al fenomeno della "fiducia germanistica" ma ad un fenomeno per così dire inverso, nel quale il soggetto proprietario non potrebbe disporre del proprio diritto perché contrattualmente obbligato a consegnare il bene al mandante.

Proprio la complessità dei collegamenti sollecitati dal disposto dell'art. 1706 comma 1 c.c. conferma il "taglio sbrigativo" con cui la sentenza annotata ha risolto la questione della possibilità per l'acquirente dal mandante di far valere la mala fede dell'acquirente dal mandatario al fine di consentire l'esercizio dell'azione di rivendica esercitata dal primo nei confronti del secondo.

L'argomento svolto («ogni eventuale diritto nascente dal rapporto di mandato non può fare capo che al (mandante)») vale a condizione che non si ritenga proprietario il mandante.

Ciò perché se il bene mobile acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante (o mandante) appartenesse a quest'ultimo, egli ne potrebbe disporre e quindi l'acquirente sarebbe a sua volta divenuto titolare dello stesso diritto e la sua legittimazione non potrebbe essere esclusa con l'argomento che i diritti che nascono dal mandato spettano al solo mandante.

Com'è pertanto evidente un punto decisivo ai fini della soluzione della controversia avrebbe meritato un ben diverso approfondimento anche alla luce dei precedenti in materia che sono per lo più orientati nel senso della proprietà dei beni mobili direttamente in capo al mandante.

### L'intestazione fiduciaria di titoli azionari

Essendo le azioni societarie e i titoli di credito beni mobili, essi potrebbero rientrare nel disposto dell'art. 1706 comma 1 c.c. Con la conseguenza che si potrebbe ritenere che il mandante sia legittimato a rivendicare le azioni acquistate per suo conto dal mandatario; e, a voler seguire l'opinione comune, che egli sia addirittura divenuto proprietario delle stesse azioni.

A voler considerare in altri termini le azioni ricomprese tra i beni mobili di cui all'art. 1706 comma 1 c.c., per esse non si porrebbe neppure l'alternativa tra fiducia cosiddetta romanistica e cosiddetta germanistica dal momento che la titolarità del diritto spetterebbe sempre al fiduciante mentre il fiduciario sarebbe esclusivamente legittimato al relativo esercizio.

Talvolta la giurisprudenza ha mostrato di

ricomprendere le azioni nell'ambito applicativo dell'art. 1706 comma 1 c.c. (10); l'argomento appare peraltro semplicemente accennato ed è comunque legato alle premesse di ordine generale in materia di trasferimento di titoli di credito.

Se infatti si ritiene applicabile anche ai titoli di credito ed in specie a quelli nominativi il principio consensualistico non vi sono ostacoli di ordine concettuale a ricomprendere le azioni tra i beni mobili di cui all'art. 1706, comma 1 c.c.; se per contro il trasferimento delle azioni viene legato al compimento delle formalità costituite dalla girata autenticata o dalla duplice annotazione del trasferimento sulle azioni e nel libro soci della società emittente, risulta esclusa l'applicazione dell'art. 1706 comma 1 c.c. Infatti il mandatario che abbia acquistato i titoli azionari da terzi provvedendo al compimento delle indicate formalità sarebbe per ciò stesso diventato proprietario dei titoli che pertanto non potrebbero essere rivendicati dal fiduciante.

In definitiva: rispetto ai titoli azionari acquistati da terzi sarebbe concepibile in capo al mandatario la sola intestazione fiduciaria di tipo romanistico (11).

Ora, come è noto, la tesi che estende il principio consensualistico pure al trasferimento dei titoli di credito, un tempo prevalente sulla scorta dell'insegnamento di Bigiavi, appare attualmente contrastata dalla corrente dottrina cosiddetta realista (12). A sua volta la giurispru-

#### Note:

(10) Cfr. Cass. 16 dicembre 1991, n. 13549 in *Le società*, 1992, 4, 493, relativa al caso di un socio di società di persone che si era impegnato - in forza di convenzione con un soggetto apparentemente estraneo alla compagine sociale - ad acquistare, nell'interesse dello stesso, azioni della società risultante dalla trasformazione della società di persone. Poiché gli eredi del fiduciario si erano rifiutati di intestare le azioni al fiduciante quest'ultimo li aveva convenuti in giudizio per far accertare il carattere fittizio della intestazione. La pronuncia della Cassazione ha per contro ritenuto che si fosse verificata un'ipotesi di interposizione reale con l'acquisto della titolarità delle azioni in capo al fiduciario «ferma la obbligazione di operare il trasferimento in favore del mandante». Su questa premessa la citata pronuncia della Cassazione ha confermato la sentenza di secondo grado che «ha giudicato proponibile e fondata l'azione di rivendica ex art. 1706, comma 1 cit., traendo legittima conclusione dalle accertate premesse, anche se, più correttamente, rispetto al mandatario (e, per esso agli eredi) avrebbe dovuto far riferimento all'*actio mandati* ed all'art. 1713, codice civile».

(11) Conforme Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario del diritto privato* a cura di Irti, 1, 1980, 455 ss., 463.

(12) La tesi di Bigiavi è elaborata nello scritto *Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, 1 ss.. Per i riferimenti alla dottrina che ha aderito alla conclusione consensualista cfr. Martorano, *Titoli di credito*, Milano, 1994, 88 ss., n. 243. Per la contraria concezione secondo cui l'investitura dell'acquirente nel possesso qualificato del titolo avrebbe il rilievo proprio dei contratti reali e rileverebbe ai fini del perfezionamento della fattispecie cfr. Asquini, *Titoli di credito*, Padova, 1966, 61 ss.; Galgano, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contratto e impresa*, 1987, 382 ss.; *Diritto civile e commerciale*, cit., II, 2, 246 ss. il quale ricorda che dopo avere aderito alla teoria consensualistica ha mutato indirizzo a far tempo dall'inizio degli anni '80. Cfr. altresì Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, 536 ss. ove ulteriori riferimenti dottrinari.

denza non appare orientata in senso univoco anche se è stato autorevolmente sostenuto che «la Cassazione, dal canto suo, non ha mai prestato adesione alla teoria consensualistica» (13). Non può non destare meraviglia, pertanto, quanto leggesi nella recente pronuncia di Cass. 5 settembre 1995, n. 9314 in ordine al fatto che, in materia di azioni, «per l'acquisto della proprietà del titolo è sufficiente il semplice consenso» e che «il punto è pacifico in dottrina e giurisprudenza, la quale evidenzia che ai fini della validità del trasferimento si richiede il consenso delle parti legittimamente manifestato, secondo la regola generale di cui all'art. 1376, codice civile, ...» (14).

È per contro noto che le precedenti pronunce della Cassazione erano orientate nel senso della efficacia meramente obbligatoria del contratto avente ad oggetto il trasferimento delle azioni essendo l'effetto reale collegato al compimento delle indicate formalità (15).

La determinazione del modo di trasferimento delle azioni assume pertanto un rilievo pregiudiziale rispetto al tema della intestazione fiduciaria dei titoli azionari.

Tema la cui corretta trattazione presuppone inoltre la distinzione tra il caso del mandato ad acquistare azioni da terzi e il caso del trasferimento delle azioni dal fiduciante al fiduciario con il vincolo fiduciario. Al primo dei due casi pare assimilabile quello del mandato a partecipare alla costituzione di una società sottoscrivendo le relative azioni che, come visto, veniva in considerazione nel caso deciso dalla pronuncia annotata.

Si insegna comunemente che con riferimento ai titoli di credito, ed in specie alle azioni, l'intestazione fiduciaria può significare due distinti concetti: a) anzitutto l'incarico che il proprietario del titolo conferisce ad altri perché eserciti i diritti in esso incorporati; b) in secondo luogo il trasferimento del diritto stesso fatto dal proprietario a favore dell'intestatario con la collegata intesa fiduciaria.

La distinzione tra le due ipotesi riflette il dato peculiare per cui è possibile che un soggetto venga investito della legittimazione a ricevere la prestazione pur non essendo egli proprietario del titolo; il dato peculiare cioè per cui «è da ritenersi ammissibile in linea di principio la trasmissione della semplice legittimazione indipendentemente dal trasferimento della proprietà del titolo» (16).

Sicché, mentre con riferimento ai beni immobili e mobili registrati, l'intestazione fiduciaria si collega necessariamente all'acquisto della proprietà, invece per i titoli di credito alla base della intestazione può esservi un semplice mandato che non trasferisce al fiduciario la titolarità dei diritti incorporati nel titolo ma lo legittima semplicemente al relativo esercizio (17).

In definitiva l'intestazione ad altri dei titoli nominativi potrebbe essere collegata o all'avvenuto trasferimento della proprietà piena degli stessi titoli; o all'avvenuto trasferimento della proprietà fiduciaria; o ad un mandato che il pro-

prietario conferisce all'intestatario per l'esercizio dei diritti collegati al titolo (18).

Questa varietà di alternative sulle quali si può

#### Note:

(13) L'espressione tra virgolette è tratta da Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., 249.

(14) La pronuncia di Cass. 5 settembre 1995, n. 9314 è pubblicata in *Le società*, 1996, 2, 171 ss. con nota di Delucchi e in *Giur. it.* 1996, I, 1, 948. Nella specie veniva in considerazione la posizione dell'acquirente il cui acquisto non era stato annotato sul libro soci. La Cassazione ha ritenuto irrilevante la mancata annotazione al fine di consentire l'esercizio dei diritti sociali sottolineando che «l'annotazione di cui si tratta, che non incide sulla validità del trasferimento fra le parti, è preordinata unicamente allo scopo di rendere opponibile la cessione anche nei confronti della società. Ma nella specie, poiché il trasferimento in favore dell'odierno resistente ebbe ad oggetto quegli stessi titoli che la società aveva acquistato per sé, ne consegue che la vicenda traslativa era ad essa opponibile, pur in mancanza dell'annotazione la cui funzione era stata sostanzialmente svuotata di contenuto dall'assunzione da parte dell'ente del duplice ruolo di alienante ed acquirente dei certificati azionari, circostanza, questa, che rendeva superflua l'annotazione sul libro dei soci». Con riferimento al trasferimento delle quote di s.r.l. era pressoché pacifico, prima della riforma del disposto dell'art. 2479 c.c. ad opera della legge 12 agosto 1993, n. 310, che per la perfezione del trasferimento della quota fosse sufficiente il consenso manifestato dalle parti: cfr. per tutte Trib. Milano 20 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 200; App. Milano 17 febbraio 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1914; e in dottrina, Cenni, *La circolazione di quote tra s.r.l. per atto tra vivi*, in *Contratto e impresa*, 1993, 1124. In senso contrario Trib. Bologna 5 febbraio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 147. Per il periodo successivo all'entrata in vigore della novella cfr. Trib. Napoli 21 settembre 1995, in *Dir. fall.*, 1995, II, 1036; Trib. Cosenza 23 febbraio 1994, in *Le società*, 1994, 955; e in dottrina Guidotti, *In tema di pubblicità, forma e nullità del contratto di trasferimento di quote di s.r.l.*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 519.

(15) L'orientamento prevalente della Cassazione è espresso in sentenze non recenti: Cass. 28 aprile 1981, n. 2558, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 564; Cass. 13 febbraio 1967, n. 308 in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1967, II, 333; Cass. 18 settembre 1970, n. 1549; Cass. 26 giugno 1961, n. 1534, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1804; Cass. 24 novembre 1956, n. 4291, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, II, 48. Nello stesso senso Trib. Milano 17 settembre 1987, in *Le società*, 1988, I, 52; nel senso contrario Trib. Milano 19 maggio 1987, in *Le Società*, 1987, I, 945.

(16) L'espressione tra virgolette è di Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, cit. cui si rinvia per l'ulteriore illustrazione della problematica e gli ulteriori riferimenti dottrinari.

(17) L'alternativa o meglio le alternative sono efficacemente descritte da Pellizzi, *Sull'intestazione fiduciaria di azioni nominative*, in *Riv. soc.*, 1981, 622 ss., che parte dalla considerazione dell'incarico dato ad un collaboratore per la riscossione di un assegno al portatore o girato in bianco e considera questo caso identico a quello della intestazione del titolo nominativo effettuata nell'ambito dello stesso incarico («forse che è cambiato qualche cosa? Forse che il fattorino è diventato più importante, o è mutata in qualche modo la parte che egli svolge nell'operazione?»). La varietà delle situazioni sulle quali si può innestare l'intestazione fiduciaria emerge dalla sottolineatura che ovviamente l'intestatario fiduciario non è sempre «equiparabile ad un semplice fattorino»: egli può essere un *missus* ma «può essere, secondo i casi, qualche cosa di più: un depositario, un mandatario, un fiduciario in senso stretto e proprio, un creditore pignoratizio, un usufruttuario, tutto quello che non sia un proprietario *tout court*, perché in quest'ultimo caso l'intestazione non potrebbe più chiamarsi — come si chiama — fiduciaria».

(18) Per tutta questa problematica cfr. in particolare Foschini, *Sull'intestazione fiduciaria dei titoli azionari*, in

(segue)

innestare la intestazione dei titoli nominativi, e tra essi delle azioni, si riferisce al caso della intestazione operata per atto proveniente dal titolare: per atto, cioè, con cui l'intestatario delle azioni si presta al trasferimento della intestazione sulla base delle motivazioni più disparate.

Questo trasferimento della sola intestazione non è idoneo a far acquistare al nuovo intestatario la proprietà dei titoli, occorrendo a tal fine l'esistenza di una causa giustificatrice. Peraltro, allorché la intestazione si colleghi ad un mandato (a gestire o a riscuotere), emerge in tutta la sua portata la differente posizione del titolare delle azioni e di colui che è legittimato ad esercitare i diritti incorporati nel titolo. Si comprende pertanto l'insistenza con cui parte della dottrina evidenzia la differenza tra mandato e fiducia con ciò volendo in realtà contrapporre l'ipotesi della intestazione fiduciaria dei titoli operata in connessione ad un mandato conferito dal titolare delle azioni all'intestatario dalla ipotesi del trasferimento della proprietà del titolo in via fiduciaria (19).

Sempre con riferimento a questo caso si propone la problematica del negozio fiduciario e del suo inquadramento dal punto di vista del principio di causalità, trattandosi di stabilire se possa giustificarsi il trasferimento dei titoli al fine di assolvere la fiducia (20).

È proprio con riferimento ai due casi del trasferimento della intestazione operata in relazione ad un mandato ovvero conseguente ad un trasferimento fiduciario dei titoli che si colloca la distinzione comunemente operata tra le due ipotesi di fiducia c.d. germanistica e c.d. romanistica: sicché si comprende che cosa la dottrina intenda esprimere allorché sottolinea che l'alternativa va scelta avendo riguardo alla volontà delle parti (21).

Questi concetti sono stati forse appannati dal continuo riferimento alla fiducia e alla contrapposizione tra le due ipotesi descritte: in realtà il trasferimento della intestazione, così come la girata per i titoli all'ordine e la consegna per i titoli al portatore non possono essere qualificati come atti compiuti in via fiduciaria se non attraverso la sovrapposizione e commistione tra gli aspetti cartolari e gli aspetti sottostanti. La fiducia investe infatti non la sfera degli atti che conferiscono la legittimazione a far valere i diritti incorporati nel titolo ma le ragioni sottostanti al compimento di detti atti (22).

Le osservazioni relative al caso esaminato in precedenza non possono essere ripetute con riferimento al diverso caso dell'incarico che taluno dia ad altri perché provveda ad acquistare le azioni per conto del primo (mandato senza rappresentanza all'acquisto): in questo caso il rapporto sottostante all'acquisto è sempre omogeneo e si capisce pertanto la sostanziale sovrapposizione tra mandato e fiducia. Infatti l'acquirente delle azioni agisce in nome proprio ma nell'interesse di chi gli ha conferito l'incarico.

La questione se egli con la intestazione aziona-

ria acquisti la sola legittimazione a far valere i diritti incorporati nel titolo o acquisti anche la titolarità delle azioni dipende dalla già descritta pregiudiziale in ordine al modo di trasferimento dei titoli nominativi e, quindi, all'applicabilità ad essi del disposto dell'art. 1706 comma 1 c.c.

L'ipotesi del mandato ad acquistare è assimilabile a quella del mandato a costituire una società di capitali, su cui si innesta la sentenza annotata.

L'affermazione contenuta nella prima massima è stata ricavata estrapolando dal corpo della motivazione della sentenza il periodo finalizzato a respingere i motivi del ricorso che facevano leva da un lato sulla contestazione della proprietà effettiva delle azioni in capo alla intestataria e dall'altro sulla mancata considerazione, da parte del giudice di merito, della esistenza, con specifico riferi-

#### Note:

(segue nota 18)

*Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, 19 ss.; e, per le s.r.l., Jaeger, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 181. Quanto alla giurisprudenza cfr. App. Milano 3 luglio 1992, in *Le società*, 1992, XI, 1539, con nota di Di Chio; Trib. Como 23 febbraio 1994, in *Le società*, 1994, 5, 678, con nota di V. Carbone, ove ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali; Trib. pen. Milano 9 febbraio 1980 e App. Milano 24 novembre 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, 496; Cass., sez. unite, 10 dicembre 1984, n. 6478 in *Foro it.*, 1985, I, 2325 ss. con nota di Mazza, *L'intestazione fiduciaria e successione mortis causa*; Cass. 28 settembre 1994, n. 7899 in *Le società*, 1995, 3, 342 ss. con ampia nota di Rordorf.

(19) Così in particolare Foschini, *op. cit.*, 49 («se tra negozio fiduciario e mandato esiste qualche affinità per l'elemento di fiducia – inteso in senso lato – insito in ogni mandato, sostanziale è, peraltro, la diversità tra i due negozi»); Di Chio, *Nota cit.*, 1542, n. 4.

(20) Per questa problematica è d'obbligo il rinvio agli scritti "classici" in materia di negozio fiduciario che si trovano richiamati in Carnevali, *Intestazione fiduciaria cit.*, 477 e in V. Carbone, nota a Cass. 29 maggio 1993, n. 6024 cit., 856 ss.

(21) Così Carnevali, *op. cit.*, 465: «se dal contratto fiduciario – e tenuto conto degli scopi che si vogliono conseguire con esso – risulta (art. 1362 ss. c.c.) che il fiduciante ha inteso trasferire al fiduciario la sola legittimazione cartolare, allora si deve propendere per una intestazione fiduciaria di tipo germanistico; se invece risulta – sempre tenuto conto degli scopi per cui è stata posta in essere l'intestazione fiduciaria – che il fiduciante ha inteso trasferire al fiduciario anche la titolarità del diritto, allora si deve propendere per una intestazione fiduciaria di tipo romanistico».

Nello stesso senso App. Milano 3 luglio 1992 cit. secondo cui nel dubbio l'intestazione fiduciaria dovrebbe qualificarsi come «fenomeno di interposizione reale in forza del quale il fiduciario diviene il reale titolare della posizione giuridica a lui intestata mentre il fiduciante resta titolare di un diritto di credito azionabile non nei confronti di terzi, ma del solo fiduciario qualora egli venga meno all'obbligo di gestire la partecipazione nell'interesse del fiduciante e di ritrasferirgli i titoli ove lo richieda». Non si comprende peraltro quale sia il fondamento della presunzione di trasferimento fiduciario (perché in ciò si risolve l'affermazione della Corte milanese: si presume il trasferimento fiduciario del titolo a meno che non si provi che il trasferimento della intestazione sia avvenuto sulla base di un diverso rapporto di natura obbligatoria).

(22) Così Pellizzi, *op. cit.*, 625.

mento ai titoli di credito, oltre che della "fiducia romanistica" anche della "fiducia germanistica".

La Cassazione ha per contro sottolineato che, pur avendo la Corte di Milano ammesso in linea di principio l'esistenza dei due tipi di fiducia, ha però escluso la fiducia di tipo germanico nel caso in cui la intestazione fiduciaria avvenga all'atto della costituzione della s.p.a. alla quale il fiduciario partecipi quale contraente effettivo e non simulato: conclusione ineccepibile se si considera che ai fini della interposizione fittizia, nel contratto di società come in ogni altro contratto, è necessario un accordo trilaterale costituente lo specifico accordo simulatorio nell'ambito della simulazione relativa soggettiva (23).

Poiché la Cassazione ha considerato pacifica la inesistenza di un accordo del genere si comprende l'adesione della pronuncia ai risultati enunciati dal giudice di merito: pur essendo astrattamente possibile che alla legittimazione non corrisponda la titolarità dei titoli azionari (c.d. fiducia germanistica) una evenienza del genere è esclusa allorché l'intestatario del titolo lo abbia acquistato in occasione della costituzione, da parte sua, della società.

Al fine di pervenire a questa conclusione la Cassazione ha ritenuto che, nella pur sbrigativa motivazione della sentenza impugnata, avesse avuto un peso decisivo al fine di delimitare la materia controversa la circostanza «del tutto pacifica anche negli scritti di parte prodotti in questo grado, che le azioni intestate ai soci fondatori sono solo quelle rappresentative delle quote della società da loro sottoscritte nell'atto costitutivo».

In definitiva il caso ricostruito dalla Corte di Milano sulla base di quanto emerso (e di quanto pacifico) in causa, è quello di un contratto costitutivo di s.p.a. ad opera di due fiduciari ai quali siano poi state interamente intestate le azioni; e, sotto questo profilo, la pronuncia si esprime in termini più appropriati rispetto a quelli che si ritrovano nel recente precedente relativo ad un caso analogo: «quando dei soggetti si accordano per creare una società di capitali (per azioni o a responsabilità limitata) il cui capitale sia stato solo da uno di essi conferito effettivamente mentre gli altri sono solo *apparentemente* intestatari di azioni o quote sociali, lo strumento per fare emergere la realtà dei rapporti è non già quello dell'azione di simulazione, bensì quello dell'accertamento (o della richiesta di adempimento) del negozio fiduciario» (24).

La sentenza in commento non esclude, peraltro, che vi possa essere una intestazione apparente delle azioni ma, correttamente, collega una evenienza del genere al fenomeno della simulazione (senza entrare, perché nella specie non ve ne era alcun bisogno, nelle questioni relative alla ammissibilità della simulazione della società di capitali).

In definitiva pare che possa essere ascritto a merito della sentenza annotata la puntualizzazione che l'intestazione dei titoli in capo a colui che ha partecipato alla costituzione della società riflette

la titolarità degli stessi titoli da parte sua. Ciò fermo restando che, in relazione alle questioni connesse all'art. 1706, comma 1, c.c. e ai rapporti tra detta norma e il problema generale del modo di trasferimento delle azioni non è stato svolto alcun approfondimento malgrado che, come chiarito, alcuni dei motivi di ricorso avrebbero giustificato la relativa analisi.

### La causa petendi della pretesa risarcitoria

La terza massima evidenzia l'argomento su cui ha fatto leva la Cassazione per affermare la inammissibilità dell'ultimo motivo del ricorso.

È parso opportuno il relativo richiamo al fine di fare emergere le rilevanti incertezze applicative che si collegano frequentemente agli argomenti della identificazione delle domande e della distinzione tra i profili di fatto e i profili di qualificazione giuridica.

Nella specie, come chiarito in precedenza, uno dei due contendenti aveva sin dall'inizio convenuto la Brambilla chiedendone la condanna «al risarcimento dei danni da lui subiti a causa della vendita delle azioni» all'altro contendente.

Questo stesso soggetto aveva vantato l'acquisto delle azioni intestate alla fiduciaria per effetto di un accordo diretto con il fiduciante: egli poteva pertanto qualificarsi come avente causa dal fiduciante.

V'è da chiedersi allora che senso potesse essere dato alla pretesa risarcitoria se non quello di una pretesa collegata alla intervenuta lesione del diritto di credito del fiduciante in relazione alla intervenuta cessione dei diritti connessi al rapporto fiduciario.

Avendo la Corte d'Appello di Milano ritenuto che solo il fiduciante avrebbe avuto titolo ad agire contro il fiduciario, il motivo del ricorso per cassazione ha investito la questione della mancata considerazione dello stretto rapporto esistente tra trasferimento delle azioni ad opera del fiduciante e trasferimento della pretesa risarcitoria conseguente alla violazione della fiducia: in altri termini la pretesa risarcitoria presupponeva il rigetto dell'azione di rivendica costituendo nient'altro se non il riflesso dell'accertata violazione della fiducia.

La motivazione con cui la Cassazione ha ritenuto inammissibile il motivo di ricorso (per avere esso introdotto «una *causa petendi* ed un tema di indagine non prospettati in sede di merito») genera perplessità tanto più se valutata alla luce di altra recente pronuncia della Cassazione secondo

#### Note:

(23) Per ampi riferimenti alla problematica della simulazione nelle società di capitali si rinvia alla nota di Rordorf, alla citata sentenza di Cass. 28 settembre 1994, n. 7899; a Trib. Milano 12 marzo 1992 in *Le società*, 1992, 8, 1091 ss., con nota di Di Chio; a Di Chio, *Interposizione fittizia nel contratto di società*, in *Le società*, 1990, 1457.

(24) Così Cass. 28 settembre 1994, n. 7899 cit.

cui per *causa petendi* idonea ad identificare la domanda della parte, non devono intendersi «le ragioni giuridiche addotte a fondamento della pretesa avanzata in giudizio (delle quali il giudice deve avere cognizione indipendentemente dall'enunciazione che la parte ne faccia), bensì l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta» (25).

Sulla base di questa premessa la Cassazione è pervenuta alla conclusione di ammettere la conversione giudiziale della domanda di nullità di un contratto nella domanda di annullamento «ove quest'ultimo risulti fondato sui medesimi fatti», pervenendo ad un risultato che non può non lasciare perplessi tanto più alla luce del ben diverso rigore mostrato in altre occasioni.

L'osservatore non può non essere colpito da queste oscillazioni che si ripetono frequentemente: si pensi alle incertezze giurisprudenziali in materia di rapporti tra azione di adempimento contrattuale e azione di arricchimento senza causa (26); ovvero a quelle relative alla qualificazione della natura della pretesa risarcitoria in relazione alla distinzione tra responsabilità contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale (27): due esempi tra i tanti possibili che confermano la mancanza di un preciso punto di riferimento nella distinzione tra fatti costitutivi della domanda e relativa qualificazione giuridica (28).

#### Note:

(25) Cass. 13 dicembre 1996, n. 11157 in questa *Rivista*, 1997, 6, 695 con nota di A. Papalia ove si aggiunge che «un fatto è sempre e soltanto, anzitutto, un accadimento materiale, ed assume la qualificazione di fatto giuridico unicamente quando (e nei limiti in cui) l'ordinamento vi ricolleggi un qualche effetto giuridico. Basta, quindi, già la sola circostanza che un certo fatto sia stato dedotto in causa a sostegno di una domanda giudiziale per dimostrare che quel fatto è assunto, dalla stessa parte deducente, nella sua specifica valenza di fatto giuridico»; e si conclude nel senso che «non eccede i limiti della domanda la sentenza che, in luogo della richiesta declaratoria di radicale nullità di un contratto, ne pronuncia l'annullamento, ove quest'ultimo risulti fondato sui medesimi fatti».

(26) Cfr. Cass. 24 giugno 1995, n. 7201 secondo cui «si ha mutamento della *causa petendi*, con conseguente introduzione di domanda nuova in appello, quando il fatto costitutivo della pretesa sia modificato nei suoi elementi materiali, con la prospettazione di circostanze precedentemente non dedotte, mentre non costituisce mutamento della domanda una diversa prospettazione giuridica del medesimo *petitum* ovvero una diversa qualificazione dell'originaria pretesa, i cui fatti costitutivi siano rimasti inalterati. Pertanto, la domanda di indebito arricchimento può essere proposta per la prima volta in appello, purché prospettata sulla base delle medesime circostanze di fatto fatte valere in primo grado»; e Cass. 13 agosto 1993, n. 8677 in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1286 che sostiene l'esatto contrario «la proposizione per la prima volta in appello dell'azione di ingiustificato arricchimento è inammissibile, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., in quanto in primo grado sia stata proposta azione contrattuale, poiché le due azioni sono diverse sia per *causa petendi* – basandosi quest'ultima sull'obbligazione assunta e la prima sull'assenza di un vincolo negoziale – sia per il *petitum*, avendo l'azione contrattuale per oggetto il pagamento del corrispettivo pattuito e l'azione di ingiustificato arricchimento la corresponsione di un indennizzo equivalente alla diminuzione patrimoniale subita, cui corrisponda (e che non

superi) l'arricchimento non causalmente giustificato dell'altro soggetto».

(27) Cfr. Trib. Milano 22 febbraio 1996, in *Giur. milanese*, 1, 29 secondo cui «il giudice non può procedere a qualificare la domanda come volta ad ottenere l'accertamento di una responsabilità di tipo contrattuale dal momento che, di fronte ad una qualificazione siffatta, il soggetto di cui si lamenta la responsabilità extracontrattuale non è in grado di assumere le opportune difese al fine di dimostrare la non imputabilità a sé dell'inesatta esecuzione della prestazione». La giurisprudenza pare per contro prevalentemente orientata nel senso che «non sussiste il vizio di extrapetizione – che si sostanzia nell'attribuzione di un bene non richiesto o diverso da quello domandato – allorché il giudice provveda alla debita qualificazione giuridica dei fatti allegati, ancorché in senso difforme da quella prospettata dalle parti (cfr., tra le tante, Cass. n. 3455 del 1985 e Cass. n. 5973 del 1986) ed a correzione dell'inesatto inquadramento da loro attribuito alla fattispecie (cfr. Cass. n. 6740 del 1987); fermo soltanto, per il giudice d'appello, il limite di lasciare inalterati il *petitum* e la *causa petendi*, quest'ultima intesa come situazione materiale su cui si fonda quanto richiesto (cfr. Cass. n. 1138 del 1987; Cass. 3132 del 1980)» così Cass. 3 aprile 1991, n. 3468 in questa *Rivista*, 1991, 7, 773 con mia nota.

(28) Si segnala per la puntualità delle argomentazioni con cui ha affrontato il problema dei rapporti tra domanda di accertamento della proprietà e domanda di trasferimento ex art. 2932 c.c. Cass., sez. unite, 5 marzo 1996, n. 1731, in questa *Rivista*, 1996, 6, 639 con nota di G. Guarnieri che ha dato ampio rilievo alla distinzione tra domande c.d. autodeterminate e domande c.d. eterodeterminate.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1091

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 9/1997