

La legittimazione del fiduciante all'esercizio delle azioni *ex contractu*

di ALESSANDRO ACCINNI

Il presente articolo, muovendo dal principio emesso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24772 del 2008, in tema di azioni ex contractu esperibili dal mandante di un mandato senza rappresentanza, si interroga sull'applicabilità del principio alle azioni esperibili dal fiduciante verso il terzo contraente del rapporto concluso da società fiduciaria statica operante ex L. 1966/1939 a nome della società fiduciaria e per conto e su istruzione del fiduciante.

Le motivazioni poste dalla Suprema Corte a fondamento della interpretazione limitativa per la quale l'espressione diritti di credito di cui all'art. 1705 c.c., comma 2, debba circoscriversi al solo esercizio (fisiologico) dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, con esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento),

dimostrano la non completa riconducibilità al tipo del mandato senza rappresentanza del rapporto fiduciario con società istituzionalmente e professionalmente operante quale fiduciaria, e, come tale, riconoscibile da ogni terzo quale mera detentrica di diritti di effettiva titolarità di altri.

L'inapplicabilità del principio limitativo a simile rapporto fiduciario, oltre a trovare sostegno nell'ormai pacifica applicabilità alla fattispecie della c.d. fiducia germanistica, consentirebbe di risolvere le problematiche processuali che altrimenti costringono la società fiduciaria ad agire quale sostituto processuale atipico del proprio fiduciante in azioni che la pratica dimostra essere spesso rivolte verso società del medesimo gruppo di riferimento della fiduciaria attrice.

L'attuale dibattito concernente la riforma delle società fiduciarie¹ e l'introduzione nel codice civile della disciplina della fiducia² potrebbe rappresentare la giusta occasione per tornare ad affrontare (e, se del caso, disciplinare espressamente) le problematiche relative alla legittimazione all'esercizio delle azioni nascenti dal contratto concluso dalla società fiduciaria a proprio nome e per conto del cliente/fiduciante.

¹ L'art. 1 della legge istitutiva n. 1966 del 1939 definisce società fiduciarie "quelle che, comunque denominate, si propongono sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi".

Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ha così modificato l'art. 199 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria):

1. Fino alla riforma organica della disciplina delle società fiduciarie e di revisione, conservano vigore le disposizioni previste dalla L. 23 novembre 1939 n. 1966 e dall'art. 60, comma 4, del d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415.

2. Fino alla riforma organica di cui al comma 1, le società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939 n. 1966, che svolgono attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari, che sono controllate direttamente o indirettamente da una banca o da un intermediario finanziario, nonché quelle che abbiano adottato la forma di società per azioni e che abbiano capitale versato di ammontare non inferiore al doppio di quello richiesto dall'art. 2327 del codice civile, sono iscritte in una sezione separata dell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, anche qualora non esercitino le attività elencate nel comma 1 del medesimo articolo. All'istanza di iscrizione si applica l'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibile. Il diniego dell'autorizzazione comporta la decadenza dell'autorizzazione di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1939 n. 1966. La Banca d'Italia esercita i poteri indicati all'articolo 108, al fine di assicurare il rispetto da parte delle società fiduciarie iscritte nella sezione separata delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231. Alle società fiduciarie iscritte si applicano gli articoli 110, 113-bis, 113-ter del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in quanto compatibili.

² Disegno di legge recante "Delega al Governo per apportare modifiche al codice civile in materia di disciplina della fiducia, disciplina del contratto autonomo di garanzia, disciplina dell'adempimento, disciplina della clausola penale, disciplina della conclusione del contratto e modifiche al codice del consumo in materia di disciplina del credito al consumo".

Il tema è stato di non secondaria rilevanza nella recente esperienza delle Corti italiane, nei casi delle numerose azioni risarcitorie per investimenti in titoli (quali Tango bond, Ciriò, Giacomelli, Parmalat...) promosse contro le banche e gli intermediari gestori dagli investitori che avevano effettuato acquisti per il tramite di società fiduciarie statiche (spesso appartenenti al medesimo gruppo bancario della Banca convenuta principale, e da quest'ultima controllate o interamente detenute). È noto che nella prassi del *private banking* è generalmente la stessa Banca/gestore a consigliare alla clientela di detenere la relazione bancaria per il tramite di società fiduciaria statica (spesso del medesimo gruppo di appartenenza della Banca che, nella maggioranza dei casi, colloca il servizio fiduciario in forza di accordi commerciali con la società fiduciaria). Tale consiglio nasce dall'esigenza del cliente di beneficiare del ruolo di sostituto di imposta svolto dalla società fiduciaria, oltreché dalla possibilità di avvalersi di servizi di aggregazione di portafoglio e del massimo grado di riservatezza degli investimenti. Le relazioni bancarie proseguono, quindi, tra Banca e cliente con la "interposizione" della società fiduciaria, e le modalità di tale "rapporto triangolare" variano nella disciplina contrattuale e nella prassi attuativa, sebbene possa affermarsi che, pur con le specifiche differenze, il dato comune sia rappresentato dalla non completa astensione da diretti contatti e relazioni tra gestore (e consulente finanziario) e cliente/fiduciante³.

La principale questione su cui si sono concentrate fino ad oggi la dottrina e la giurisprudenza⁴ verte sulla riconducibilità al tipo del mandato senza rappresentanza del rapporto contrattuale tra società fiduciaria statica e cliente/fiduciante. Da tale qualificazione di diritto si è talora fatta automaticamente discendere l'applicazione al rapporto fiduciario delle previsioni codicistiche in tema di mandato (e, segnatamente, per quanto riguarda l'oggetto di quest'analisi, le previsioni di cui all'art. 1705 comma 2, c.c.)⁵.

www.sfef.it

Condivisibili critiche a tale qualificazione del rapporto con la società fiduciaria sono state formulate dalla migliore dottrina in materia, che ha sostenuto che il contratto, pur *nominato* come mandato nella stessa prassi fiduciaria, non sia un vero mandato, ma un contratto tipico a sé stante⁶.

Ai nostri fini a tali considerazioni (probabilmente, di per sé risolutive) sembra utile aggiungere l'attenta lettura della pronuncia delle Sezioni Unite di Cass. 8 ottobre 2008, n. 24772, che offre ulteriori importanti ed originali spunti di soluzione della questione.

La citata pronuncia ha preso posizione sul conflitto interpretativo circa il disposto dell'art. 1705, comma 2, c.c., e sulla definizione di "crediti" ivi prevista, sotto il profilo della legittimazione del mandante ad esperire nei confronti del terzo le azioni nascenti dal contratto stipulato per suo conto dal mandatario senza rappresentanza. La Suprema Corte ha emanato un principio di diritto in senso favorevole all'indirizzo interpretativo più restrittivo, circoscrivendo l'espressione diritti di credito al solo esercizio (fisiologico) dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, con conseguente esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento).

³ Va anche sottolineato che il ruolo svolto dalle società fiduciarie quale intermediario rimpatriante nelle plurime edizioni del c.d. scudo fiscale ha moltiplicato la diffusione di simili fattispecie, sia con *triangolazione* della preesistente relazione con il gestore estero, sia mediante reimpiego, tramite la società fiduciaria rimpatriante, delle somme oggetto di scudo per l'apertura di relazioni con banche e gestori italiani.

⁴ Cfr. tra le altre Trib. Modena, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 259.

⁵ Art. 1705 c.c.: Mandato senza rappresentanza

1. Il mandatario che agisce in proprio nome [c.c. 1706, 1707, 1715, 1719] acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

2. I terzi non hanno alcun rapporto col mandante. Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato [c.c. 1717], salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono [c.c. 1721; c.n. 290].

⁶ F. Di MAIO, *La legittimazione attiva del fiduciante e la re-intestazione di quote di società a r.l.*, in *Le Società*, 6/2009, 746.

La motivazione posta dalla Suprema Corte a fondamento di tale principio di diritto sembra, tuttavia, aprire la strada ad una differente soluzione proprio per il caso che ci occupa, vale a dire per i rapporti con società fiduciarie in quanto non riconducibili (o non completamente riconducibili) al tipo del mandato senza rappresentanza.

Le Sezioni Unite, nel ripercorrere i precedenti giurisprudenziali e dottrinari a favore dei confliggenti indirizzi interpretativi, hanno posto particolare attenzione alla dottrina sulla c.d. teoria del trasferimento automatico, per la quale sussisterebbe per il mandante una situazione *ab origine* di proprietà, annettendosi effetti soltanto formalistici/pubblicitari all'atto (non negoziale, o non necessariamente negoziale) di ritrasferimento delle alienazioni immobiliari. Il Collegio ha addirittura ritenuto di potere aggiornare la teoria considerando l'acquisto del mandante non come diretto o automatico ma come condizionale, da condizione potestativa semplice unilaterale: ne discenderebbe che la disciplina applicabile alla fattispecie di interposizione reale sarebbe quella dell'art. 1705 c.c., fino a che perduri la segretezza del mandante, caduta la quale, (per volontà del titolare dell'interesse) verrebbe meno ogni esigenza di tutela, così venendo meno la stessa *ratio* dell'istituto. Affidiamo alle parole della sentenza la conclusione del ragionamento: *“A seguito della manifestazione di volontà del mandante – il cui contenuto si esprimerebbe all'incirca nella proposizione “non intendo più avvalermi della facoltà di tenere celata la mia posizione di titolare dell'interesse negoziale, ed intendo ricondurre ad unità le posizioni di titolare formale e portatore dell'interesse sostanziale”- il meccanismo legislativo si spoglia di ogni ambiguità, consentendo la retroattiva assegnazione degli effetti del negozio al mandante all'esito dell'avverarsi della condizione”*.

Pur avendo con tale semplicità e chiarezza elaborato e arricchito la tesi della dottrina, il Supremo Collegio non ha però ritenuto di farne conseguire l'adozione per la generalità dei casi del principio interpretativo conseguente (per il quale il mandante avrebbe legittimazione ad esperire tutte le azioni *ex contractu* nella sua posizione di titolare dell'interesse sostanziale, “ricondotto ad unità” con la titolarità formale). Tale scelta è stata motivata in ragione del disposto dell'art. 1225 c.c., per la limitazione ivi prevista del risarcimento al solo danno prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione. Questo limite porterebbe ad escludere la possibilità che danni (ipoteticamente maggiori), reclamati dal mandante possano essere legittimamente richiesti al terzo, salvo, aggiunge il Supremo Collegio, *“non volere ipotizzare una surreale condizione non espressa da ritenersi immanente ad ogni convenzione negoziale, in ossequio alla quale ciascuna delle parti potrebbe o addirittura dovrebbe prospettarsi la possibilità che dietro ogni negozio traslativo possa celarsi un rapporto di mandato”*. Per la Suprema Corte, il vero insuperabile ostacolo che si frappone all'accoglimento della tesi dalla stessa così ben descritta è dato dalla totale pretermissione dell'analisi della posizione contrattuale del terzo, il quale, nel contrattare con il mandatario (e soltanto con quest'ultimo), riporrebbe *“un legittimo affidamento nel fatto che tutte le vicende successive al contratto, sul piano della fisiologia come della patologia degli effetti, andranno a dipanarsi tra esse parti, senza alcun intervento ipotetico di terzi mandanti”*. L'automatica traslazione in capo al mandante non soltanto del credito (sicuramente cedibile senza consenso), ma dell'intera posizione contrattuale formalmente costituitasi in capo al mandatario si risolverebbe, nella sostanza, se valutata non più nell'ottica del rapporto interno, ma in quella del terzo contraente, nell'ipotizzare una fattispecie di cessione senza consenso del contraente ceduto, in contrasto con il disposto dell'art. 1406 c.c.

Le Sezioni Unite giustamente intendono tutelare la posizione del terzo, sul presupposto che lo stesso sia necessariamente ignaro dell'esistenza di un mandato. Ma tale presupposto è, altrettanto necessariamente, destinato a cadere allorché il terzo contratti con una società fiduciaria che, istituzionalmente, professionalmente e per autorizzazione ministeriale, amministra beni per conto di terzi.

www.sfef.it

www.sfef.it

www.sfef.it

Anzi, in tale fattispecie l'assunto è addirittura ribaltato, in quanto il terzo conosce il ruolo fiduciario svolto dalla sua controparte contrattuale⁷.

Ecco, quindi, il primo elemento che palesemente porta ad affermare che la fattispecie di interposizione reale regolata dalla pronuncia delle Suprema Corte non possa identificarsi col rapporto tra fiduciante e società fiduciaria professionalmente operante.

Ma l'applicabilità a tale rapporto fiduciario di quel principio di diritto soffre più di qualche eccezione anche in relazione alla pacifica effettiva titolarità dei diritti sostanziali in capo al fiduciante. Se, infatti, in relazione alla posizione del mandante/interponente reale (come commentata nella sentenza) la teoria del trasferimento (automatico o condizionale) può considerarsi controversa (o, comunque, non pacifica), nessun contrasto sussiste sulla posizione di titolare effettivo rivestita dal fiduciante rispetto ai beni solo formalmente intestati alla società fiduciaria⁸.

E che tale intestazione sia meramente formale non conta solo nel momento genetico del rapporto, ma anche durante la vita dello stesso, per l'espressa disciplina di legge e di contratto che regola le modalità dell'amministrazione c.d. statica⁹. Senza volersi dilungare sulla questione, che non costituisce l'oggetto del presente articolo, si ricorda che il *discrimen* tra amministrazione statica e dinamica consiste, essenzialmente, nel complesso di poteri conferiti dal fiduciante al fiduciario: la fiduciaria ad amministrazione "statica" non ha la possibilità di disporre autonomamente dei beni o dei diritti conferitile in amministrazione dal fiduciante¹⁰, in quanto riceve incarichi di natura amministrativa e non gestoria, né discrezionale¹¹.

⁷ La miglior dottrina ha da tempo rilevato che "a semplice presenza della società fiduciaria fa presumere che essa agisca per conto altrui" (cfr. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, 202, nota 79).

⁸ Cfr. art. 1 r.d. 239/1942. In giurisprudenza: Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *Le Società*, 1999, 1330, "nella società fiduciaria, i fiduciari - dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato - vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati; il mandato dei fiduciari ad investire il danaro, anche quando rimetta alla discrezione professionale della società fiduciaria l'opzione tra le diverse ipotesi di investimento considerate nel mandato, è diretto a costituire patrimoni separati da quello della società stessa ed intangibili dai creditori di quest'ultima"; Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, in *Foro it.*, 1999, I, 1323, secondo cui "le partecipazioni societarie acquistate dalla società fiduciaria entrano direttamente nel patrimonio del fiduciante che ne è il proprietario effettivo", ciò in quanto "nel caso in cui - come nella specie - il fiduciario sia rappresentato da una società fiduciaria, istituzionalmente esercente l'amministrazione di beni per conto terzi (art. 1 legge 23 novembre 1939 n. 1966) debba applicarsi lo schema della fiducia di tipo germanistico"; Cass. 21 maggio 1999, n. 4943, in *Le Società*, 1999, 1330; Trib. Milano, 6 luglio 2005, *Corr. merito*, 2005, 11, 1138 "le società fiduciarie, che ai sensi dell'art. 1 l. 23 novembre 1939 n. 1966, si propongono, sotto forma d'impresa di assumere l'amministrazione di beni per conto terzi, non possono liberamente disporre di quanto è stato loro fiduciariamente intestato, in quanto permane in capo al fiduciante la qualifica di proprietario effettivo dei beni oggetto di amministrazione fiduciaria"; Trib. Trani, 29 settembre 2003, in *Le Società*, 2004, 488 "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"; Trib. Torino, 24 febbraio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 135; App. Torino, 20 luglio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 135, "non vi sono ostacoli a che una società di capitali fiduciaria assuma la veste di accomandante in una s.a.s., atteso che il rapporto giuridico intercorrente tra la società fiduciaria e le persone fisiche dei fiduciari è da ricondurre alla cd. fiducia germanistica, la quale non comporta (a differenza della romanistica "fiducia cum amico") il trasferimento della piena proprietà dei beni al fiduciario ed il sorgere in capo a questi di un semplice rapporto obbligatorio interno col fiduciante in ordine alla destinazione ed alla gestione dei beni, bensì determina il permanere della proprietà in capo al fiduciante, verificandosi una scissione tra la titolarità del diritto (che permane al fiduciante) e legittimazione all'esercizio di esso (che trapassa alla società fiduciaria)". Vedi anche in relazione al principio secondo il quale nell'ipotesi di intestazione fiduciaria statica di partecipazioni sociali è prevalente, nei confronti dell'amministrazione finanziaria, l'effettiva proprietà del fiduciante rispetto alla titolarità apparente della fiduciaria: Cass., 3 giugno 1991, n. 6232, in *Riv. dir. fin.*, 1993, 25; Cass. S.U., 18 dicembre 1985, 6445, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1462; Cass., S.U., 10 dicembre 1984, 6478, in *Foro it.*, 1985, I, 2325.

⁹ Le condizioni e i termini dell'incarico di amministrazione fiduciaria devono riflettere quanto disciplinato dal D.M. 16 gennaio 1995 *Elementi informativi del procedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e disposizioni di vigilanza*.

¹⁰ cfr. in tal senso Cass., sez. I, 14 ottobre 1997, n. 10031

¹¹ Come osservato da autorevole dottrina (V. Carbone, *Nota a commento di Trib. Como 23 febbraio 1994*, in *Le Società* 1994, 682): statico e dinamico è il ruolo svolto dalle società fiduciarie nell'ambito del mercato mobiliare:

- il primo ricorre quando la società riceve titoli in amministrazione con l'espressa previsione che la titolarità dei beni conferiti rimanga in capo al fiduciante, non potendo la società fiduciaria compiere alcuna attività di propria iniziativa;

È quindi pacifico che il terzo che contratti con una società fiduciaria statica, operante dichiaratamente non in proprio ma nell'esercizio dell'attività professionale tipica *ex lege* 1966/39, è consapevole di contrattare con un amministratore/fiduciario, che agisce su specifiche istruzioni del fiduciante, in assoluta assenza di potere discrezionale, e in relazione a beni di effettiva proprietà del fiduciante (non rientranti nel patrimonio della società fiduciaria, ma, a tutti gli effetti, da quello separati). Il terzo non è quindi quel soggetto ignaro della sussistenza di un'interposizione/mandato presupposto dalla Suprema Corte nel rigettare l'ipotesi di legittimazione del mandante all'esercizio delle azioni contrattuali. Ne consegue che l'accettazione di una simile controparte contrattuale (la società fiduciaria) da parte del terzo (in nessun modo "costretto" a contrattare col fiduciario) non può che comportare anche la sua impossibilità/rinuncia ad eccepire l'ignoranza circa l'esistenza di un differente titolare effettivo del rapporto sostanziale. In via diversa, dovrebbe ammettersi che il terzo possa avvalersi della presunzione di avere fatto legittimo affidamento sul ritenere che i suoi rapporti contrattuali si sarebbero svolti (sia nella fisiologia che nella patologia) con una controparte di cui, in verità, conosceva il ruolo di mero detentore formale/interposto. Quanto sopra assorbe anche ogni considerazione circa la prevedibilità del danno richiamata dall'art. 1225 c.c.; non può negarsi, infatti, che il terzo, accettando consapevolmente di contrarre con un soggetto differente dall'effettivo titolare della relazione sostanziale non possa assumere a parametro della prevedibilità il danno ipoteticamente ascrivibile al fiduciario (che, per sua natura, è estraneo ai danni che operano solo sul titolare effettivo del rapporto inadempito). La migliore dottrina in tema¹² ha chiarito da tempo che la prova della prevedibilità cade sulla conoscenza o concreta prevedibilità da parte del debitore di quei dati di fatto che incidono *normalmente* sulla produzione del danno e sui quali può quindi fondarsi il giudizio di prevedibilità del danno medesimo. Così inquadrata la questione, l'effettiva identità dello specifico fiduciante non pare rivestire carattere dirimente per la valutazione di prevedibilità, risultando sufficiente la prospettazione preventiva da parte del terzo dell'esistenza di un fiduciante. In ogni caso, quand'anche (per mera ipotesi di ragionamento) dovesse ritenersi rilevante, ai fini della valutazione di prevedibilità, la conoscenza dell'identità del titolare effettivo del rapporto, i principi di buona fede nella stipulazione ed esecuzione del contratto attribuiscono anche al debitore l'onere di indagare tale dato o rinunciare alla conclusione del rapporto qualora ritenga altrimenti non prevedibile il proprio rischio contrattuale, posto che l'esistenza di un fiduciante gli è nota *ab origine*. Al contrario, la scelta del terzo di non avvalersi di tale possibilità, o, comunque, di procedere nell'obbligazione con il fiduciario, comporterà necessariamente anche l'accettazione incondizionata delle conseguenze derivanti dall'obbligazione così contratta, indipendentemente dall'identità specifica del titolare effettivo (e potenziale danneggiato). Si consideri anche che nei casi concreti sopra individuati di "triangolazione" del rapporto banca/fiduciaria/fiduciante, la stessa Consob, nel consentire l'intestazione fiduciaria di rapporti di gestione, si è da tempo preoccupata di garantire la personalizzazione della relazione fornendo al gestore ogni utile informazione sul titolare effettivo della relazione (salvo l'identificazione del nome e cognome)¹³.

- il secondo, detto pure "gestione patrimoniale", ricorre quando le parti si accordano sul conferimento alla società fiduciaria del potere di compiere discrezionalmente le operazioni più opportune, anche di compravendita dei titoli stessi, sicché l'amministrazione dinamica è sempre contraddistinta dal potere di disposizione dei valori ricevuti con l'obbligo della restituzione al fiduciante dei soli risultati utili della gestione in denaro o in titoli.

¹² BIANCA, *Commento all'art. 1225 c.c.*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Zanichelli.

¹³ Comunicazione Consob DIN/6022348 del 10 marzo 2006: "al fine di garantire la personalizzazione del rapporto tra il cliente/fiduciante e l'intermediario – e dunque la conoscenza sostanziale del cliente da parte dello stesso – dovrà essere consentita l'identificazione del cliente attraverso l'attribuzione di un codice convenzionale, al quale agganciare le informazioni (con l'eccezione del nome e del cognome del fiduciante)".

Questa impostazione del rapporto “trilatero” è stata rafforzata a seguito della riforma introdotta dalla disciplina c.d. Mifid. Già nel Documento Consob in Esito alle Consultazioni si precisava sul punto che nell’operatività per il tramite di società fiduciarie (statiche) l’intermediario si debba comunque “*riferire al fiduciante per la valutazione di adeguatezza/appropriatezza*”. Da quanto sopra emerge con evidenza l’assoluta singolarità dell’interposizione della società fiduciaria statica in simili relazioni nelle quali il terzo (banca/intermediario gestore) è non solo consapevole dell’esistenza dell’interposizione ma, addirittura, è messo formalmente a conoscenza (sebbene in forma anonima) delle caratteristiche specifiche della sua controparte sostanziale, alla quale soltanto deve riferirsi per le valutazioni sulle scelte di investimento e alla quale solamente sono riconducibili le scelte e la volontà di compimento degli atti formalizzati dall’amministratore statico¹⁴.

Così inquadrata la fattispecie mostra la sua assoluta differenza rispetto a quella posta dalle Sezioni Unite a fondamento del principio di diritto emesso; tanto da fare dubitare che il ribaltamento del rapporto presupposto debba comportare la inapplicabilità del principio al caso di specie e possa suggerire l’applicazione del principio contrario.

Né a tale conclusione osta l’eccezione circa la configurabilità della fattispecie come cessione di contratto senza il consenso del contraente ceduto. Si è ampiamente dimostrato come non si possa considerare come cessione al fiduciante il ritrasferimento formale di quanto di sua originaria esclusiva titolarità. Va infine rilevato che, anche sotto il profilo processuale l’estensione alla società fiduciaria dell’interpretazione data dalla Suprema Corte provoca qualche dubbio, in quanto determinerebbe una atipica sostituzione processuale, impedendosi al fiduciante di riacquistare (anche solo mediante la spendita del suo nominativo) il diritto controverso per farlo valere nei confronti del terzo e costringendo, invece, la fiduciaria a partecipare ad un giudizio al quale è sostanzialmente estranea, sia per il fatto che i risultati di tale giudizio non le appartengono (dovendo rimetterli al fiduciante, tanto se positivi, quanto se negativi, avendo pieno diritto al risarcimento dei danni derivanti dall’esecuzione dell’incarico) sia in quanto la stessa strategia e linea di difesa non possono che fare riferimento alla volontà ed alle istruzioni ricevute dal fiduciante al quale soltanto sono ascrivibili le responsabilità, le scelte e le decisioni circa gli atti di amministrazione posti in essere dalla fiduciaria statica in esecuzione dell’obbligazione formalmente contratta col terzo. In un simile contesto la fiduciaria come formale parte attrice dovrebbe fare valere ragioni e diritti non propri, ma del fiduciante, agendo, di fatto, quale atipico sostituto processuale, posto che il fiduciante sarebbe il solo vero *dominus* dell’andamento del rapporto oggetto di lite.

¹⁴ Se poi tali scelte si traducono addirittura in manifestazioni verso l’esterno rispetto alla relazione fiduciante/fiduciaria, le concrete modalità di tali esternazioni potranno essere valutate anche ai sensi del disposto di cui all’art. 1724 c.c. per cui il compimento dell’affare da parte del mandante comporta la revoca del mandato.