

Dottorato di Ricerca in  
Diritto degli Affari e Tributario dell'impresa

XXVI ciclo

**IL CONTRATTO FIDUCIARIO OGGI:  
PROFILI PROBLEMATICI E RICOSTRUTTIVI**

**Coordinatore**

Chiar. ma Prof.ssa

Livia Salvini

**Tutor**

Chiar. mo Prof.

Gustavo Visentini

**Dottoranda**

Mariacristina Bonomo

Anno Accademico 2012/2013

## RIASSUNTO

### 1. Il problema.

Nel contemporaneo contesto economico giuridico sociale caratterizzato da un'economia globalizzata che si esplicita in una sempre crescente internazionalizzazione degli scambi e delle regole, nonché nell'aumento dell'importanza della ricchezza mobiliare rappresentata da prodotti finanziari e relative gestioni, è forte la spinta che l'ordinamento riceve, sul piano interno, al fine di offrire strumenti giuridici competitivi che consentano alle persone fisiche di destinare parte del proprio patrimonio al perseguimento di specifici obiettivi con conseguente limitazione, in forma di specializzazione, della responsabilità.

Il negozio fiduciario potrebbe rivelarsi, in una lettura evolutiva del fenomeno, un importante ausilio nel perseguimento dell'obiettivo di rendere l'ordinamento interno competitivo a livello internazionale con altri ordinamenti sia dell'area di *civil law* che di *common law*, i quali hanno approntato strumenti di destinazione fiduciaria con separazione e segregazione patrimoniale dei beni oggetto della fiducia.

Tuttavia la legge prevede e regola da un punto di vista organizzativo il soggetto società fiduciaria, ma non offre neppure un frammento di disciplina dello strumento negoziale. Inoltre, sia la legge che la giurisprudenza affrontano il problema di qualificazione e disciplina del negozio fiduciario senza tener conto o valorizzare la presenza della società fiduciaria quale parte contrattuale, quando invece l'analisi delle numerose pronunce giurisprudenziali intervenute in materia lascia persuasi che ci siano due negozi fiduciari ovvero che la regolamentazione del negozio fiduciario di cui sia parte una società fiduciaria segua una disciplina le cui peculiarità rispetto al semplice negozio fiduciario tra privati, si individuano in regole di gestione e di responsabilità che costituiscono diretta conseguenza della qualità soggettiva della parte negoziale.

La discussione dottrina e giurisprudenziale è ferma alla scelta della rigida alternativa tra fiducia romanistica e fiducia germanistica, ma l'utilità e l'attualità dello strumento giuridico negozio fiduciario sono confermate dai tentativi di positivizzazione dell'istituto che, nell'ultimo decennio, si sono susseguiti fino a raggiungere, in alcuni casi, lo stadio di disegno di legge<sup>1</sup>.

La necessità di individuare una precisa disciplina del negozio fiduciario nasce dall'assenza della stessa nell'ordinamento positivo, il quale conosce soltanto la regolamentazione del soggetto società fiduciaria contenuta nella l. 1966/1939 che, però, nulla dice circa lo strumento giuridico negoziale che regola i rapporti

---

<sup>1</sup> Cfr. Disegno di legge n. 854, Legislatura XVI che propone di inserire dopo il capo IX del Titolo III del libro IV del codice civile il Capo IX-bis "Della fiducia".

tra fiduciante e fiduciario. Ciò ha causato non poche incertezze di disciplina riguardo al negozio fiduciario che, segnatamente, possono individuarsi: nella qualificazione del negozio e nell'opponibilità dell'effetto, nell'applicabilità allo stesso della disciplina del mandato, nell'individuazione di sistemi rimediali posti a tutela dei fiducianti e dei creditori.

## **2. Il contratto fiduciario nelle pronunce giurisprudenziali: problemi e prospettive.**

Uno dei primi punti su cui si riscontra incertezza nella materia oggetto del presente lavoro è rappresentato dalla qualifica giuridica - e conseguenti declinazioni applicative - del rapporto negoziale che lega fiduciante e fiduciario. Si tratta di un rapporto giuridico per mezzo del quale il proprietario di determinati beni (fiduciante) li affida ad un altro soggetto (fiduciario) che dovrà gestirli nell'interesse del fiduciante o di un terzo. Tuttavia, nonostante la giurisprudenza maggioritaria di legittimità sia concorde nel descrivere il negozio fiduciario come nascente da una fattispecie complessa che consta di un momento con effetto reale ed uno con effetti soltanto obbligatori, essa non concorda sulle conseguenze applicative che discendono da siffatto rapporto giuridico.

I problemi sono molteplici e di diversa natura riguardando in primo luogo la qualificazione giuridica della titolarità del fiduciante con la conseguente individuazione dei poteri ad esso spettanti, passando per il problema della riferibilità dei beni oggetto del negozio fiduciario al patrimonio del fiduciante oppure del fiduciario, per poi giungere all'azionabilità dei rapporti sorti in esecuzione del negozio fiduciario nonché ai profili rimediali in caso di inadempimento del fiduciario.

Precisamente, in assenza di una disciplina tipica della fiducia, nel tentativo di dare rilevanza alla complessità degli interessi sottesi a tale rapporto giuridico in cui a gestire il bene è un soggetto diverso dal titolare dell'interesse, si è tentata una ricostruzione giuridica del fenomeno negozio fiduciario ricorrendo alle note formule concettuali di "fiducia germanistica" e "fiducia romanistica". Il primo orientamento individua i caratteri germanistici della fiducia nel fatto che il fiduciante conferisca al fiduciario la legittimazione a gestire e disporre del bene, mantenendone sostanzialmente la proprietà; una siffatta ricostruzione del fenomeno impedirebbe che creditori del fiduciario possano aggredire il bene gestito che non è entrato nel patrimonio del fiduciario stesso e renderebbe opponibili ai terzi le limitazioni del potere gestorio del fiduciario.

Il secondo orientamento ricostruisce diversamente il negozio fiduciario: il fiduciante trasferisce al fiduciario la proprietà del bene oggetto del rapporto gestorio accompagnando tale attribuzione

ad effetti reali ad un negozio di natura obbligatoria - *pactum fiduciae* - che descrive e limita i poteri del gestore e lo obbliga a ritrasferire i beni gestiti al fiduciante allo spirare della funzione gestoria.

A partire da una pronuncia di legittimità degli anni '90 poi ripresa da numerose successive sentenze, ma che già a sua volta si ispirava ad una statuizione degli anni '80, si è precisato che con l'intestazione fiduciaria di titoli azionari si realizza un fenomeno di interposizione reale mediante il quale "*l'interposto acquista effettivamente la titolarità delle azioni*" ma, in virtù di un patto interno con l'interponente di natura obbligatoria, è tenuto ad osservare un certo comportamento convenuto con il fiduciante ed a retrocedere i titoli a quest'ultimo in seguito al verificarsi di una situazione determinante il venir meno della *causa fiduciae*. I giudici riconoscono che dal negozio fiduciario sorgono vere e proprie obbligazioni giuridiche a carico del fiduciario, azionabili in via giudiziaria da parte del fiduciante per ottenerne l'adempimento.

La sentenza prosegue in parte motiva assimilando gli obblighi giuridici che derivano dal *pactum fiduciae* al mandato, affermando che il patto con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante, sia per un verso assimilabile al contratto preliminare quanto all'onere di forma con relativa necessità della forma scritta *ad substantiam* allorché riguardi beni immobili e, per altro verso, sia riconducibile alla figura giuridica del mandato senza rappresentanza relativamente al *pactum fiduciae* che comporta la creazione di obblighi giuridici a carico del fiduciario. Gli obblighi giuridici che sorgono dal patto, dunque, sono tutelabili in via giudiziaria mediante le azioni previste dall'ordinamento, idonee ad ottenere l'adempimento delle specifiche obbligazioni derivanti dal patto stesso.

Nel caso di specie la proprietà dei titoli è riconosciuta sussistente in capo al mandatario ed il *pactum fiduciae* è qualificato come un mandato senza rappresentanza, in virtù del quale il fiduciario ha assunto gli obblighi del mandatario per l'esercizio dei diritti connessi alle azioni a lui fiduciarmente intestate, fra cui in particolare l'obbligo di rendere conto al fiduciante dello svolgimento e del risultato della gestione. Egli, inoltre, in virtù di tale patto, è anche obbligato al ritrasferimento a favore del mandante-fiduciante.

Tuttavia in una decisione di poco successiva (Cass. 9355/1997) la suprema corte non esita ad affermare che la proprietà dei titoli azionari fiduciarmente intestati ad una società fiduciaria non può che appartenere effettivamente al fiduciante, spettando alla società fiduciaria soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti

connessi alla partecipazione societaria in applicazione della teoria della fiducia germanistica. Ancora in un caso deciso nello stesso anno (Cass. n. 10031/1997) i ricorrenti chiedono ai giudici di legittimità di annullare la decisione delle corti di merito le quali avevano ritenuto che i titoli oggetto del negozio fiduciario fossero di proprietà della società fiduciaria fallita, sulla base della considerazione che i titoli ad ognuno riferibili non erano esattamente individuabili e la loro natura fungibile ne avesse determinato l'acquisto da parte della società fiduciaria; la Cassazione ritiene, invece, che non sia sufficiente la fungibilità dei beni per determinare tale acquisto ma, facendo leva sulle disposizioni normative che indicano i fiducianti quali effettivi proprietari, ha statuito che i titoli fossero di proprietà dei fiducianti stessi non potendosi realizzare la confusione patrimoniale con il patrimonio della fiduciaria, se la fungibilità dei beni non sia accompagnata da un potere del depositario di agire nell'interesse proprio.

### **3. Problemi teorici e pratici connessi all'ammissibilità e disciplina del negozio fiduciario.**

La soluzione operativa consistente nel ricondurre la disciplina del negozio fiduciario rispettivamente agli schemi derivabili dal suo inquadramento teorico alternativamente nella c.d. fiducia romanistica o germanistica presenta numerosi limiti rispetto all'effettività della tutela richiesta per gli interessi meritevoli di considerazione.

In concreto, lo schema della fiducia romanistica soddisfa l'interesse del fiduciante a che i propri creditori personali non aggrediscano i beni oggetto della fiducia in quanto gli stessi non costituiscono parte del suo patrimonio a seguito di disposizione a favore del fiduciario, ma non è in grado di tutelare il fiduciante da eventuali abusi del fiduciario, se non utilizzando rimedi di natura risarcitoria, senza possibilità di recupero reale del bene.

La fiducia c.d. germanistica, invece, costruita quale scissione tra proprietà formale e sostanziale realizza l'interesse del fiduciante a che il fiduciario gestisca i beni affidati senza la possibilità di abuso, ma non protegge i beni affidati al fiduciario dall'esecuzione dei creditori personali di questo e incontra anche notevoli ostacoli teorici derivanti dalla difficoltà di configurare nel nostro ordinamento una proprietà risolutivamente condizionata al verificarsi dell'abuso o un trasferimento della sola legittimazione che, tranne che per alcune categorie di beni quali i titoli di credito, non è situazione giuridica capace di circolare autonomamente.

Ne consegue che la disciplina oggi ritenuta applicabile al negozio fiduciario si dimostra inefficiente per una effettiva ed adeguata tutela degli interessi di cui sono portatori i diversi soggetti

incisi dall'operazione negoziale attraverso la quale si attua, nella prospettiva finora descritta, il fine fiduciario.

La qualificazione del momento obbligatorio dell'operazione negoziale fiduciaria quale contratto di mandato, infatti, se da un lato costituisce una valida base normativa sulla quale ricostruire il contenuto della prestazione che deve essere adempiuta dal fiduciario, dall'altra conduce inevitabilmente con sé i limiti, se non i vuoti, di tutela propri del contratto di mandato. La disciplina prevista dall'ordinamento agli artt. 1705 e segg. del c.c. infatti non è in grado di soddisfare efficacemente l'interesse del fiduciante a recuperare presso terzi il bene oggetto della fiducia di cui il fiduciario abbia infedelmente disposto, né riesce a garantire il fiduciante dalle azioni esecutive che i creditori personali del fiduciario potrebbero vittoriosamente esperire su detti beni.

In caso di disposizione del bene operata in violazione del *pactum fiduciae* dal fiduciario -proprietario in conseguenza dell'effetto reale del negozio di trasferimento - la tutela del fiduciante sarebbe affidata all'art. 1707 c.c. che prevede l'opponibilità del *pactum fiduciae*, solo nel caso di mandato con data certa avente ad oggetto beni mobili e crediti ovvero, nel caso di immobili o mobili registrati, in presenza di una trascrizione dell'atto di ritrasferimento, o della domanda giudiziale, anteriore al pignoramento. A ciò si aggiunga che il vincolo del mandato è parzialmente permeabile dal lato dei creditori del mandante i quali possono agire con l'azione surrogatoria nei confronti del mandatario laddove il mandatario non ritrasferisca al mandante quanto acquistato nel suo interesse.

Da ciò l'esigenza di un'indagine che vada al di là della prospettiva tradizionale utilizzando le tecniche che, specie nei tempi più recenti, hanno arricchito lo strumentario dei giuristi.

Lo strumento che nel nostro ordinamento consente di realizzare la separazione patrimoniale di beni destinati ad uno scopo meritevole di tutela è l'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645ter c.c. L'operazione fiduciaria può essere costruita mediante l'adozione della tecnica del *collegamento negoziale* che consente di realizzare uno scopo ulteriore rispetto a quello conseguito con i singoli negozi la cui causa è avvinta ad un nesso funzionale che rende gli stessi interdipendenti tra loro: i diversi negozi costituiscono ciascuno un tassello teso alla composizione di una più complessa operazione. Da ciò consegue che il fiduciante che voglia rendere i beni mobili registrati o immobili immuni dalle azioni esecutive esperibili su di essi dai creditori del fiduciario, potrà affiancare alla stipulazione del negozio ad effetti reali di trasferimento ed al negozio ad effetti obbligatori costituito dal *pactum fiduciae*, un negozio di destinazione contestuale, la cui trascrizione ex art. 2645ter c.c. garantirà l'opponibilità reale

della destinazione. L'operazione fiduciaria complessa realizzata con la tecnica del collegamento negoziale e con contestuale apposizione del vincolo di destinazione trascritto, garantisce il fiduciante dalle azioni esecutive dei creditori la cui obbligazione non sia stata contratta nell'interesse della destinazione: i pignoramenti di data posteriore alla trascrizione del vincolo saranno inefficaci rispetto ai beni che ne costituiscono oggetto; ciò garantirebbe la separazione patrimoniale dei beni fiduciariamente affidati dal restante patrimonio personale del fiduciario stesso. Rimarrebbe invece un'incertezza riguardo alle regole da applicare in caso di disposizione infedele dei beni destinati allo scopo da parte del fiduciario: l'alternativa tra l'efficacia e l'inefficacia dell'atto di disposizione compiuto dal gestore infedele rimane dibattuta in dottrina e si prospetta anche la possibilità che il vincolo di destinazione segua il bene nel senso che il beneficiario potrà pretendere l'attuazione del vincolo anche se il bene su cui sia stato apposto è stato trasferito infedelmente ad un terzo da parte del fiduciario<sup>2</sup>. A soddisfare l'interesse del beneficiario sarà tenuto il nuovo proprietario, a conoscenza del vincolo trascritto che si comporterebbe alla stregua di un onere reale, oppure il fiduciario infedele contro cui il vincolo è stato trascritto.

#### **4. Una nuova prospettiva ricostruttiva.**

Pur con il supporto derivante dall'inserimento del negozio fiduciario in un'operazione negoziale complessa in cui esso si collega con altri negozi o contratti in vista di una funzione complessiva ulteriore rispetto a quella dei singoli atti di autonomia che la compongono, lo strumentario che deriva dalla nostra tradizione risulta meno efficace di quello utilizzabile in altri ordinamenti che, nell'economia globale, sono in concorrenza con il nostro.

Sembra dunque doversi ritenere che per superare gli ostacoli che finora hanno impedito un uso diffuso dello strumento è necessario un radicale cambio di prospettiva che consenta di valutare unitariamente tutti gli interessi in gioco al fine di rintracciare strumenti giuridici adeguati al loro complessivo temperamento.

A tal fine l'indagine può muovere utilmente da una distinzione che già sembra presente nel nostro ordinamento tra rapporti fiduciari che potremmo dire "occasionalisti" e rapporti fiduciari "professionalisti", dei quali troviamo il modello nella vigente disciplina delle società fiduciarie, come soggetti che, per espressa previsione di legge, si propongono "l'esercizio professionale dell'attività di amministrazione di beni per conto di terzi, (...) e

---

<sup>2</sup> All'uopo si può anche prevedere nel regolamento negoziale apposita clausola di obbligo di reimpiego per il gestore che disponga infedelmente del bene.

di rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni" e già secondo la L. 23 novembre 1939, N. 1966 sono soggetti a vigilanza Pubblica.

Nel sistema della legge, infatti, la qualificazione della Società come fiduciario "professionale" comporta una specifica disciplina della sua attività e incide anche sulla disciplina del contratto di cui la società fiduciaria sia parte, il quale, pur conservando la "causa" di mandato, va ascritto ad un più complesso "tipo" contrattuale che si caratterizza in relazione al carattere professionale dell'attività svolta, alla struttura giuridica e alla specifica disciplina della società fiduciaria.

E' su questa base che la Cassazione ha stabilito, che, nel caso di contratto stipulato con una società fiduciaria, i criteri organizzativi e operativi propri di queste società consentono, anche prescindendo dalla specifica disciplina stabilita dalla l. n. 1 del 1991 e prima dell'entrata in vigore di questa, la separazione dei valori mobiliari fiduciariamente conferiti rispetto al patrimonio proprio della società (Cass. civ., Sez. I, 14/10/1997, n. 10031). Ciò in quanto i meccanismi di gestione dei valori mobiliari e delle disponibilità liquide dei fiducianti, depositate presso aziende di credito in conti rubricati come di "amministrazione fiduciaria" sono sottratti ad ogni possibilità di compensazione; inoltre la necessaria istituzione, all'atto della notifica del decreto di autorizzazione all'esercizio dell'attività, di un "Libro dei fiducianti", con l'annotazione delle generalità di questi, delle somme di denaro e dei valori mobiliari conferiti con il rispettivo valore di carico, consente di ricondurre ogni strumento finanziario al legittimo proprietario; peraltro l'esistenza di norme valutarie che qualificavano il fiduciante come "effettivo proprietario", cui si collega l'obbligo per la società di rivelare le generalità dei fiducianti, non solo all'amministrazione finanziaria e alle autorità preposte alla loro vigilanza ma anche agli organi delle procedure concorsuali, già consentivano, ex se una separazione di quei valori mobiliari e di quelle disponibilità liquide dal patrimonio della fiduciaria.

Sul piano teorico ciò viene giustificato con il rilievo che, in questo caso, il rapporto tra società fiduciaria e fiducianti si sostanzia nella mera intestazione alla prima di beni appartenenti, effettivamente, ad altri proprietari (così che la proprietà della società, pur non potendo dirsi fittizia, viene ad assumere, purtuttavia, connotazione meramente "formale" in quanto il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria, ne conserva la proprietà "sostanziale" ed è, quindi, in grado di disporre direttamente, senza necessità di alcun formale ritrasferimento dei titoli da parte della società).

La Suprema Corte aveva già avuto occasione di statuire che "*il proprium del rapporto*" intercorrente tra la società fiduciaria e i



fiducianti "consiste nell'intestazione di.... (beni) appartenenti effettivamente ad altri proprietari" e che, pertanto, la proprietà della società fiduciaria, pur non potendo dirsi "fittizia" (perché effettivamente voluta, e appunto per questo estrinsecantesi in obblighi di gestione e di garanzia degli "effettivi titolari"), ha carattere "formale". E, muovendo da tale premessa, aveva negato che il patto fiduciario avesse "carattere meramente obbligatorio", osservando che la discrepanza del mezzo usato rispetto all'intento pratico perseguito dalla parti (intestazione, anziché mandato ad amministrare), non assume rilevanza sul piano giuridico, in quanto il fiduciante, malgrado l'intestazione del bene alla società fiduciaria, ne conserva la proprietà "effettiva" ed è quindi in grado di disporre, senza necessità di alcun formale "ritrasferimento" di detto bene da parte della fiduciaria.

La considerazione che la società fiduciaria fisiologicamente amministra beni non propri, dei quali non riveste la qualità di proprietaria è un assunto che trova conforto nei compiti che le sono istituzionalmente assegnati (l. 1966/1939) e riscontro nella giurisprudenza di legittimità che, sul punto, si è già espressa nel senso che le fiduciarie non sono proprietarie dei titoli loro affidati in gestione e che gli effettivi proprietari dei beni mobili acquisiti dalla società fiduciaria sono i fiducianti.

Da ciò consegue la non aggredibilità del patrimonio fiduciario da parte dei creditori della società fiduciaria sulla base del rilievo che i titoli azionari fiduciarmente intestati non entrano a far parte del patrimonio della società fiduciaria, tanto da essere sottratti alla soddisfazione dei creditori della stessa: la proprietà dei titoli in questione non può che appartenere effettivamente al fiduciante, spettando alla società fiduciaria soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione societaria (Cass. 9355/1997). Corollario di questa impostazione è il rilievo che i beni affidati in gestione alla società fiduciaria, non entrando a far parte del suo patrimonio, risultano inaggredibili da parte dei creditori della società stessa e ciò sia per espressa previsione di legge, ma anche per effetto di un principio che la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto vigente già prima delle previsioni normative che espressamente hanno sancito tale separazione patrimoniale.

La valorizzazione delle caratteristiche soggettive del fiduciario "professionale" ha condotto giurisprudenza di merito (Tribunale di Milano, sez. pen., 3 ottobre 2006) ad affermare che "si tratta di effetti che non sono conseguibili dal fiduciario persona fisica (con il quale si dà luogo a negozio fiduciario, ad effetti totalmente difformi, anzi contrapposti) e neppure in virtù di contratto di mandato" e si aggiunge che l'agire in nome proprio ma per conto del fiduciante, caratteristica precipua delle società fiduciarie, "ben può configurarsi, di fatto, quando non vi sia trapasso formale di

*titolarità dei beni, cioè la c.d. intestazione fiduciaria*"(Corte d'Appello di Milano, 21 gennaio 1994).

## **5. Considerazioni conclusive.**

Dall'analisi normativa giurisprudenziale e dottrina effettuata un dato emerge con chiarezza: la tradizionale contrapposizione ed inconciliabilità tra lo schema germanistico e romanistico della fiducia può essere superata guardando alla comunanza di causa ed effetti del contratto fiduciario il cui effetto reale, soltanto eventuale, dipende dall'effettiva volontà delle parti di realizzarlo e la cui disciplina è in parte legata alla qualità soggettiva del gestore fiduciario.

Si può difatti affermare che se una bipartizione esiste in punto di qualificazione del contratto fiduciario la stessa è da ricondursi al dato che parte del contratto sia un fiduciario professionale oppure, all'inverso, non qualificato. Pur essendo emerso come nelle due ipotesi la funzione del contratto e, dunque, la sua causa sia essenzialmente la stessa, tuttavia le caratteristiche organizzative previste dalla disciplina legislativa riservata alle sole società fiduciarie, consentono di ascrivere siffatto rapporto contrattuale ad uno specifico *tipo* che si caratterizza grazie alle peculiarità soggettive della parte fiduciaria professionale e determinano l'applicazione di una speciale disciplina.

Invero dette peculiarità rintracciabili essenzialmente in specifiche regole di diligenza e nell'effetto della separazione patrimoniale dei beni fiduciarmente affidati, costituiscono una caratteristica comune ad una pluralità di soggetti, tutti esercenti attività autorizzata riservata di gestione di patrimoni altrui e sottoposti al controllo di una pubblica autorità.

Nel caso degli intermediari finanziari disciplinati quanto alla forma sociale ed all'organizzazione dal testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993), la regolamentazione normativa secondaria dispone tutta una serie di precisi obblighi di natura comportamentale ed a contenuto informativo posti a tutela sia del mercato che dei clienti. Si tratta dell'esplicitazione di regole di gestione che perseguono l'obiettivo di consentire la realizzazione del miglior interesse per il cliente. Tale risultato deve conseguirsi per via dell'adempimento di obblighi informativi che tengano conto delle caratteristiche del cliente, in relazione all'appropriatezza e dell'adeguatezza degli strumenti finanziari proposti.

Quanto alle società fiduciarie, l'organo di controllo che è costituito dal Ministero dello Sviluppo economico, ha dettato alcune regole operative relative alle modalità con cui la gestione dell'incarico deve essere condotta. In sintesi si prescrive che la società fiduciaria nello svolgimento della sua attività istituzionale: compia gli atti previsti ed indicati dalla natura o dall'oggetto del bene amministrato con diligenza e professionalità

nel rispetto delle disposizioni impartite da ciascun fiduciante; agisca *nell'interesse esclusivo* del fiduciante e risponda secondo le regole del mandato oneroso; i beni e le somme vengano indicati nel contratto, nonché in un estratto conto periodico; non possa emettere titoli, documenti o certificati rappresentativi dei diritti dei fiducianti.

Nel caso di entrambi i soggetti menzionati (intermediari finanziari e società fiduciarie) il legislatore da un lato prevede, per la tutela dei clienti, una serie di regole operative relative al momento della gestione e dall'altro predispone una specifica tecnica per la tutela dei beni affidati in gestione che è costituita dalla *separazione patrimoniale*. Questa tecnica consente che i beni affidati al gestore professionale costituiscano una massa separata dal suo restante patrimonio, con la conseguenza che i suoi creditori personali non possono esperire efficaci azioni esecutive nei confronti dei valori gestiti.

In particolare, riguardo alle società fiduciarie la separazione patrimoniale agisce a tutela anche dei terzi che intessano rapporti con questi gestori poiché essi sono in grado di sapere che gli atti compiuti ricadono nella sfera giuridica non della fiduciaria, bensì del fiduciante. Tale evenienza si verifica soltanto quando il fiduciario sia un soggetto che professionalmente svolge tale attività, che peraltro è riservata alle società a ciò espressamente autorizzate, e che pertanto non è predicabile per i rapporti contrattuali fiduciarie posti in essere tra soggetti privati. Ciò determina una serie di conseguenze applicative che si riverberano sulla disciplina del rapporto contrattuale.

In primo luogo la regola dell'art. 1705 comma 1 c.c., secondo la quale il mandatario che agisce in nome proprio acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, non dovrebbe essere applicata poiché l'esigenza di tutela dei terzi è ridimensionata in una simile fattispecie concreta, tanto che la giurisprudenza, in tema di effetti della revocazione, ha affermato che laddove si tratti di pagamenti effettuati fra l'altro dalle società fiduciarie, la revocatoria "*si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione*", così ribadendo la terzietà delle dette società rispetto alle operazioni di acquisto poste in essere. Ancora la Corte di Cassazione ha riconosciuto che a fronte di un dato formale (sottoscrizione di quota sociale) deponente nel senso dell'indicazione della società fiduciaria come parte debitrice, il mandato fiduciario con data certa, in applicazione dei principi disposti dalla giurisprudenza di legittimità, comporta che il reale debitore dei 7/10 non versati inerenti alle azioni sottoscritte dalla fiduciaria, è il fiduciante. Inoltre i creditori personali della società fiduciaria non possono esperire azioni esecutive sui beni di pertinenza dei singoli

clienti, iscritti in appositi conti d'ordine, non essendo questi riferibili al suo patrimonio poiché gestiti nell'interesse altrui. Si tratta di una disciplina che discende dalla peculiarità del *tipo* cui il contratto fiduciario, di cui sia parte un gestore fiduciario professionale, è ascrivibile e che non risulta applicabile al contratto fiduciario che potremmo definire non professionale. In quest'ultimo caso, difatti, l'art. 1705 c.c. troverà piena applicazione ed inoltre l'opponibilità della gestione a terzi creditori del fiduciario sarà legata alla natura dei beni gestiti e seguirà le regole dettate per il mandato all'art. 1707 c.c. Infine, altro dato che è emerso con chiarezza è la necessità di utilizzare lo strumento tecnico del *collegamento negoziale* al fine di realizzare l'effetto della segregazione patrimoniale consistente nella possibilità che i beni affidati al gestore fiduciario, destinati al perseguimento di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, non siano aggredibili né dai creditori personali del fiduciante né del fiduciario. In questa prospettiva l'operazione economica complessa viene a realizzarsi per mezzo della stipulazione di più negozi, il contratto fiduciario e l'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645ter c.c. i quali, seppur formalmente distinti, sono avvinti da un nesso funzionale ascrivibile alla figura tecnica del collegamento negoziale, che consente la realizzazione dell'ulteriore effetto costituito dalla segregazione patrimoniale. Ma tale ultimo effetto non è legato alla natura di fiduciario professionale del gestore.