

Amministrazione nell'interesse altrui e relazione fiduciaria. Spunti per un'indagine sui principi di diritto comune.

Valeria Panzironi

Ottobre 2012

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Amministrazione nell'interesse altrui e relazione fiduciaria. Spunti per un'indagine sui principi di diritto comune.

SOMMARIO: Premessa.- 1. Il concetto di amministrazione nel diritto privato. - 2. La separazione tra chi amministra e colui nell'interesse del quale il bene deve essere amministrato porta ad una gestione di affare altrui, nella quale si crea un rapporto fiduciario. - 3. La relazione fiduciaria come categoria generale del diritto comune.- 4. La relazione fiduciaria trova origine nella fiducia di diritto romano e nella sua combinazione con il mandato.- 5. La relazione fiduciaria è caratteristica sia dei negozi fiduciari che dei c.d. negozi di fiducia. - 6. Caratteri essenziali del mandato, negozio di fiducia, prototipo delle relazioni fiduciarie. Caratteristiche cui deve essere improntata in questo caso la gestione fiduciaria nell'interesse altrui. - 7. Insufficienza dei tradizionali sistemi di controllo del mandato nei casi di fisiologica assenza da parte del titolare. Necessità di predisporre altre tecniche che possano sostituire il tradizionale controllo del *dominus*. - 8. Le relazioni fiduciarie nei sistemi di *common law*: cenni ai *fiduciary duties* e al loro campo di applicazione. - 9. Segue. Le tecniche di controllo che operano in presenza dei *fiduciary duties*. Cenni ai sistemi di regolamentazione non giudiziari ed ai principi sui quali si fonda l'intervento delle corti: (a) la prevenzione dei conflitti di interesse; (b) l'elaborazione di regole di *accountability* del fiduciario, con attribuzione di poteri di azione al fiduciante; (c) il rafforzamento degli strumenti di controllo costante (*monitoring*) del fiduciante sul fiduciario; (d) lo *shifting* dei *property rights*; (e) gli elevati standard di moralità che gravano sul fiduciario. -10. Primi spunti di riflessione: la centralità della regola del divieto di agire in conflitto di interessi e dei meccanismi volti a prevenire e a sanzionare la violazione di tale regola.

Premessa

Il presente studio trae spunto dalle indagini e dagli approfondimenti svolti nell'ambito dello studio dell'amministrazione della società per azioni e dal tentativo di cogliere i fondamenti giuridici dell'organizzazione societaria, tema che necessariamente porta a confrontarsi con un problema che alla base del fenomeno societario: l'amministrazione nell'interesse altrui. Che tipo di rapporto si viene a creare tra chi amministra e colui nell'interesse del quale l'amministrazione è condotta? Quali le caratteristiche di questo rapporto? La dottrina, da sempre chiamata a rispondere a tali domande, ha ritenuto di ricondurre tale rapporto ora all'uno ora all'altro istituto, non essendo mancato anche chi ha parlato di un rapporto "tipico" di amministrazione. Ma a ben vedere ciò che interessa non è il nomen iuris bensì l'individuazione degli aspetti che caratterizzano il rapporto e le obbligazioni che ricadono su chi si trova a gestire l'affare altrui, che non possono che essere le

medesime sia che si tratti di un amministratore di società per azioni sia che si tratti di altro amministratore che agisce nell'interesse altrui. Di qui l'importanza di approfondire il tema della gestione nell'interesse altrui come fenomeno generale del diritto comune. Nel linguaggio giuridico moderno, quando si parla di gestione nell'interesse altrui e del rapporto che lega gli amministratori alle s.p.a. si fa sempre più spesso riferimento alle relazioni fiduciarie ed ai doveri fiduciari che ne conseguono, mutuando l'espressione e la categoria dal diritto anglosassone. Ma a ben vedere gli approfondimenti svolti mostrano che la relazione fiduciaria è un fenomeno che ritroviamo pressoché in tutti gli ordinamenti, sebbene non sempre codificato. In particolare, sebbene sia noto che la relazione fiduciaria non trovi ingresso nel codice civile italiano (salvo il riferimento alla fiducia testamentaria) non si può dire che questo tipo di rapporto sia estraneo all'ordinamento, essendo chiaro che il fenomeno trova origine nella fiducia del diritto romano. Ma quali sono le caratteristiche delle relazioni fiduciarie? Quale l'istituto cui il rapporto è riconducibile? Quali gli strumenti predisposti dall'ordinamento per prevenire abusi da parte del fiduciario? Qualche interessante spunto di riflessione può emergere da un'indagine che, guardando all'origine storica ed al diritto comune, cerchi di individuare le caratteristiche ed i principi di diritto comune applicabili a tutte le relazioni fiduciarie e gli strumenti normalmente utilizzati per controllare il fiduciario e prevenire abusi in tutti i casi di amministrazione nell'interesse altrui. Da tale analisi emerge chiaramente la centralità della regola del divieto di agire in conflitto di interessi e di tutti i meccanismi volti a prevenire e a sanzionare la violazione di tale regola ().*

* * *

1. Il concetto di amministrazione nel diritto privato: l'amministrazione come attività posta in essere dal proprietario per il godimento dei propri beni.

Amministrare: gestire, dirigere, governare occuparsi della gestione di beni, enti e simili. E' questa la definizione e nozione comune del termine amministrare che si trova nei dizionari della lingua italiana. Dal punto di vista giuridico, invece, quando si parla di amministrazione di beni viene immediatamente in evidenza il diritto di proprietà, in quanto diritto soggettivo fondamentale attorno al quale ruota il diritto privato e dal quale deve, dunque, trarre origine anche il diritto del titolare di amministrare i propri beni.

Ma nell'ambito di quale facoltà rientra l'amministrazione?

Per rispondere alla domanda è bene richiamare gli aspetti fondamentali del diritto di proprietà.

Tradizionalmente, pressoché in tutte le codificazioni moderne ⁽¹⁾, il contenuto del diritto di proprietà viene determinato facendo riferimento a due schemi tipici, quelli del *godimento* e della *disposizione*, nell'ambito dei quali si fanno rientrare, a seconda dei casi, tutti i comportamenti che possono essere posti in essere dal proprietario nell'esercizio del proprio diritto. In linea con questa impostazione anche il codice civile italiano prevede, all'art. 832 cod. civ., che "*il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo...*". Sebbene sia stato fatto notare da parte della dottrina come godere e disporre si riferiscano entrambi all'utilizzo della cosa e possano essere considerati sinonimi - tanto che alcuni autori hanno creduto di poter ricondurre tutto al solo godimento, ed altri alla sola disposizione ⁽²⁾- prevale in dottrina l'orientamento che tende a distinguere le due facoltà come due diversi modi di utilizzo del bene: la prima, il godimento, intesa come la possibilità di trarre dalla cosa, direttamente o indirettamente, tutte le utilità volute, senza modificarne la condizione giuridica; e la seconda, la facoltà di disposizione, intesa invece come

* Il presente saggio trae spunto dallo studio del fenomeno dell'amministrazione della s.p.a. ed

⁽¹⁾ Questo aspetto è ben messo in luce da BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Diritti reali*, Milano 1988, rist. 1995, p.48 e ss., dove si afferma che "*la determinazione del contenuto del diritto di proprietà nelle codificazioni moderne di paesi a regime capitalista borghese - a cominciare da quella napoleonica (art.544), base di una serie di altre costruite poi sul suo modello (tipica quella italiana del 1985, art.436) -; ovvero di paesi, che si definiscono socialisti - come quella sovietica (Principi della legislazione civile, art.17), quella ungherese (artt.98, 99, 112 cod. civ.) o quella recentissima della Repubblica democratica tedesca (ZGB § 24) - fa costante riferimento a due schemi tipici, quali quelli, già ricordati, del godimento e della disposizione, parlando perciò variamente di diritto, potere, facoltà di godimento e di diritto, potere, facoltà di disposizione...*".

⁽²⁾ Tra coloro che considerano la facoltà di godimento come l'unica veramente fondamentale per il diritto di proprietà si veda per tutti PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, p.134 e ss., e già prima in *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, p.89, secondo il quale la facoltà di disposizione "*può profilarsi come una estensione della facoltà di godimento, e più precisamente come la conseguenza estrema di essa, cioè come la causa che legittima l'attività del soggetto inerente al godimento del diritto, esteso questo godimento fino al punto di escludere se dal rapporto, per farvi subentrare un altro soggetto*", considerazione che portava l'autore a sostenere che addirittura "*nella definizione legale non sarebbe neanche necessaria (e forse neppure opportuna) la menzione della facoltà di disposizione*". Nello stesso senso BARBERO, *Studi di teorie generali del diritto*, Milano 1953, 163 e ss.

Tra coloro che invece considerano il momento della disposizione come l'unico veramente fondamentale nel diritto di proprietà, proprio perché ritengono che ciò che conta non è il godimento in quanto tale ma il "comando circa il godimento" cioè il "*disporre per il godimento*", si veda CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p.156 e ss..

Per una sintesi delle diverse posizioni in dottrina cfr. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano 1965, p. 66 e ss..

l'utilizzazione che provoca il mutamento della titolarità del diritto, ovvero la costituzione sulla cosa di diritti reali minori ⁽³⁾.

In particolare maggiore rilevanza assume ai nostri fini la facoltà di godimento, poiché in essa si tende a fare rientrare qualsiasi utilizzo, diretto o indiretto della cosa, da parte del proprietario, volto a trarre da essa tutte le possibili utilità per i propri fini e nel proprio interesse. La dottrina più recente fa infatti rientrare nell'ambito del godimento sia la cosiddetta fruizione (sostanzialmente riferita all'acquisto dei frutti ai sensi degli artt. 820 e 821 cod. civ.), che l'utilizzazione in senso lato, intesa, appunto, come la possibilità di trarre dalla cosa tutte le utilità che essa può dare ⁽⁴⁾.

Dato questo quadro di riferimento, l'amministrazione rientra senza dubbio nell'ambito della *facoltà di godimento* del bene, ponendosi, di regola, come attività strumentale al raggiungimento del fine ultimo del godimento. Anzi, a ben vedere, questa attività costituisce proprio l'essenza della proiezione del diritto proprietà, in quanto il titolare del diritto, per godere del bene deve mantenerlo in buone condizioni e compiere tutte le attività (diverse naturalmente secondo la natura del bene) strumentali al suo godimento (ad es. la manutenzione, ecc.)⁽⁵⁾.

⁽³⁾ In questi termini BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Diritti reali*, op. cit., p. 52 e ss..

⁽⁴⁾ Cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. II. Diritti reali*, Torino, 1995, p.51 e ss., ove ampi riferimenti.

Nel caso del diritto di proprietà si ritiene che costituisca un legittimo modo di godimento anche il non uso della cosa, v. sul punto la successiva nota 7 (fine paragrafo).

⁽⁵⁾ L'amministrazione come aspetto del diritto di godimento del bene è maggiormente trattato nel caso dell'usufrutto, dove naturalmente, in virtù della scissione esistente tra proprietario e usufruttuario, e dunque tra chi ha il diritto di disporre del bene e chi ne ha invece il godimento, si è reso necessario chiarire con maggiore cura le caratteristiche dell'una e dell'altra facoltà.

Nel ricostruire il contenuto del diritto dell'usufruttuario la dottrina, afferma, infatti, che questi deve rispettare la destinazione economica del bene, usare la diligenza del buon padre di famiglia e deve inoltre provvedere - nell'ambito proprio di quell'attività che viene chiamata di *amministrazione ordinaria* - alla conservazione del bene in vista sia del proprio godimento che dell'obbligazione di restituzione del bene che su di lui incombe sin dal sorgere del suo diritto. Ciò si deduce chiaramente dall'art.1004 cod. civ. che pone proprio a carico dell'usufruttuario "*le spese e, in genere, gli oneri relativi alla custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria della cosa...*" (v. per tutti BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Diritti reali*, op. cit., p.198 e ss.). Tra l'altro l'aspetto dell'amministrazione assume tale importanza nell'usufrutto, perché a differenza del proprietario l'usufruttuario è tenuto ad amministrare la cosa, soprattutto in considerazione dell'obbligazione di restituzione che ha assunto, non

Il proprietario, dunque, amministra il proprio bene nel modo che ritiene più confacente al proprio interesse ed assumendone tutti i rischi. Per questo motivo si suole dire che nell'ambito del diritto di godimento del proprietario rientra anche il non uso, proprio perché questi può, sotto la propria responsabilità, decidere di rischiare, con il proprio comportamento passivo, anche di deteriorare il bene ⁽⁶⁾.

2. *La separazione tra chi amministra e colui nell'interesse del quale il bene deve essere amministrato porta ad una gestione di affari altrui nella quale si crea un rapporto fiduciario (che richiede la presenza di un controllo).*

Di regola, dunque, ciascuno amministra i propri beni nel proprio interesse, ma può avvenire che l'attività di amministrazione sia affidata ad un soggetto diverso.

Può avvenire cioè che il proprietario del bene, ossia il titolare dell'interesse, non sia la stessa persona che esercita il diritto, cioè che agisce e compie gli atti di volontà diretti alla sua conservazione e gestione. Può avvenire, dunque, che la volontà e l'interesse - i due elementi di cui consta il diritto soggettivo - possano non coincidere nello stesso soggetto⁽⁷⁾.

rientrando tra le sue facoltà quella di non usare affatto la cosa, perché questo comportamento ne potrebbe pregiudicare la buona conservazione.

Vedremo però come nell'ambito dell'attività imprenditoriale il concetto di amministrazione assume comunque delle caratteristiche diverse, presupponendo lo svolgimento di un'attività dinamica.

⁽⁶⁾ Si fa notare, infatti, in dottrina che ancora oggi il non uso della cosa sembra dover essere considerato come un legittimo modo di godimento del proprietario, e dunque come una valida manifestazione di esercizio del diritto. Tanto è vero che in questo caso non opera quale causa estintiva del diritto "*la prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni*", che vale invece per tutti gli altri diritti reali (cfr. artt.954, 1014, n.1, 1073 e art. 948). Così BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Diritti reali*, op. cit., p.54 e ss., ove si fa peraltro notare come questa concezione si profili come un residuo di una concezione anacronistica che assicura al *dominus* anche l'*ius abutenti*, cioè il diritto di fare del bene qualsiasi cosa e dunque anche niente, considerazione che viene valutata dagli Autori come "*in netto contrasto con quella funzione sociale, cui fa riferimento l'art.42 Cost.*" (p.55).

⁽⁷⁾ Questa semplice constatazione, fu per la prima volta formulata da BERNATZIK, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, 1890, p.25 e ss. e ripresa in Italia dal ROCCO, *La rappresentanza delle persone giuridiche e in specie delle società commerciali in rapporto alle intimità e*

In alcuni casi ciò è frutto di una scelta volontaria delle parti, come nel caso della rappresentanza, che costituisce il caso tipico in cui viene meno "la coincidenza del portatore della volontà col destinatario dell'interesse"; in altri, è lo stesso ordinamento a prevedere che tale attività sia svolta da soggetti diversi dai titolari del diritto, perché questi sono incapaci o nell'impossibilità di volere. Così avviene, per esempio, nel diritto di famiglia per l'esercizio della *potestà* sui minori (artt.316-323 cod. civ.)⁽⁸⁾, la cura degli interessi dei quali è attribuita ai genitori⁽⁹⁾.

Ora, qualunque sia il fatto che la genera, da questa separazione tra colui che amministra e colui nell'interesse del quale il bene è amministrato deriva una gestione di affare altrui, la quale a sua volta fa nascere l'esigenza di un controllo, teso a garantire che la gestione venga svolta effettivamente nell'interesse del proprietario, soggetto passivo.

Ma chi è chiamato a svolgere, in concreto, questo controllo?

L'ordinamento prevede soluzioni diverse, secondo i casi.

notificazioni degli atti giuridici, in *Studi di diritto commerciale*, I, p.304 e ss.. Sul punto v. anche FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, cit., p.5.

⁽⁸⁾ La situazione giuridica soggettiva della *potestà* è caratterizzata proprio dal fatto che il potere non è attribuito nell'interesse proprio ma per realizzare un interesse altrui.

Il termine *potestà* in verità è utilizzato dalla dottrina con diverse accezioni: una prima, più estesa, che vede nella *potestà* quella "*complessa posizione caratterizzata soprattutto dall'elemento dell'autorità, o supremazia, che spetta al titolare, o ai titolari, nei confronti delle persone assoggettate*" (in questo senso v. per tutti SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951); ed una seconda, più ristretta, che definisce la *potestà* "*la situazione attiva grazie alla quale il titolare è abilitato, per legge o per volontà privata, ad esercitare il diritto o comunque una situazione soggettiva altrui*" (*potestà vicaria*) (così INVREA, *Diritti e potestà*, *Riv. Dir. comm.* 1932, I, 153; le definizioni sono di ROSELLI, *Potestà (dir. civ.)*, Enc. Giur. (?)). Con riferimento a questa seconda accezione altra parte della dottrina preferisce parlare semplicemente di potere (GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, *Jus* 1941, p.550).

In ogni caso sia il termine potere che *potestà* sono tratti dal linguaggio e da figure giuspubblicistiche e proprio questo spiega l'ambiguità del loro utilizzo in campo privatistico. Sul punto v. per tutti BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. Norme soggetti e rapporto giuridico, 1**, Milano 1986, p. 340 e ss..

Ciò che interessa porre in evidenza è che ulteriore caratteristica di questa posizione giuridica e l'esigenza di controllo che scaturisce come conseguenza diretta del fatto che il titolare è tenuto realizzare un interesse altrui. [citare chi lo dice esplicitamente...]

⁽⁹⁾ Un fenomeno analogo si ha per la tutela degli interdetti o per la curatela degli inabilitati (cfr. artt. 414 e ss). Vi sono poi altre situazioni particolari nelle quali l'ordinamento riconosce questo diritto, come nel caso dell'eredità giacente (art.528 e ss.) e nel caso della gestione di affari altrui (2028).

Nell'ipotesi in cui la separazione sia frutto di una scelta volontaria, la tutela è lasciata di regola all'autonomia privata e dunque il controllo è rimesso all'iniziativa del *principale*; questi infatti è considerato *il miglior giudice del proprio interesse*, potendo concorrere insieme alla legge a determinare i modi e la misura della tutela e potendo intervenire direttamente con una revoca per far venire meno la separazione di cui si discute. Si tratta infatti di un soggetto capace di agire, che volontariamente ha deciso di far gestire l'affare ad un terzo e che, allo stesso modo, può riappropriarsi del proprio diritto e porre in discussione l'attività svolta in suo nome dal rappresentante (naturalmente sempre nei limiti del regime di opponibilità vigente).

Nell'ipotesi in cui, invece, la scissione tra chi amministra e chi gode degli effetti della amministrazione sia imposta dall'ordinamento, in ragione dell'incapacità del soggetto passivo a provvedervi direttamente, il legislatore appresta altri strumenti volti a garantire il rispetto dell'interesse. L'incapace, infatti, per definizione non può porre in essere alcun controllo.

Così ad esempio, nel caso del minore, il legislatore ha previsto che all'esercizio della potestà genitoriale sovrintenda l'organo giudiziario preposto (il giudice tutelare, art.337 cod. civ.), chiamato ad intervenire, oltre che per il rilascio di autorizzazioni per il compimento di atti di particolare rilevanza per il patrimonio del minore (c.d. di straordinaria amministrazione), nei casi in cui venga rilevata la violazione dei doveri inerenti alla potestà, potendo, secondo i casi: stabilire le condizioni cui i genitori devono attenersi nell'amministrazione; rimuovere entrambi o uno di essi dalla amministrazione (art.334 cod. civ.); e, nei casi più gravi, dichiarare la decadenza dalla potestà sul figlio (art.330 cod. civ.).

A ben vedere quella del controllo è regola generale che accompagna tutte le gestioni poste in essere nell'interesse altrui, nelle quali si rilevi un particolare affidamento da parte del soggetto titolare dell'interesse, cioè in tutte quelle relazioni che vengono comunemente definite *relazioni fiduciarie*.

La questione in questa sede interessa perché, come noto, situazione analoga di separazione tra proprietà e gestione si viene a creare in via "istituzionale" nel caso delle persone giuridiche e, dunque, delle società per azioni che per legge agiscono necessariamente per mezzo dell'organo

amministrativo ⁽¹⁰⁾. In queste, infatti, l'amministrazione è per legge attribuita a soggetti diversi dal "proprietario" titolare della attività imprenditoriale (i.e. la società persona giuridica), i quali peraltro possono essere (e spesso sono) scelti tra non soci. L'attività amministrativa non è dunque in questo caso esercizio di un diritto che deriva dalla comproprietà dei beni (come nel caso delle società di persone), ma costituisce esercizio di un potere attribuito dalla legge ⁽¹¹⁾. La circostanza che l'amministratore possa anche essere socio e il relativo interesse che questi può avere in proprio ad amministrare, non condizionano né fanno venire meno l'elemento caratteristico e preminente dell'attività dell'amministratore ⁽¹²⁾, che è quello di dover essere tale attività diretta alla attuazione di un interesse altrui, cioè dell'interesse della società.

Siamo dunque anche in questo caso nell'ambito di un rapporto fiduciario. Per comprendere a pieno il fenomeno dell'amministrazione in ogni sua manifestazione è opportuno partire proprio dall'analisi dei principi base che regolano le *relazioni fiduciarie*.

⁽¹⁰⁾ Secondo la tradizionale nozione assunta nel diritto commerciale l'organo è l'ufficio che, in posizione primaria, esprime la competenza dell'ente. Nell'ambito della società per azioni, naturalmente, la presenza di una pluralità di organi fa sì che le competenze della persona giuridica siano ripartite fra i diversi organi, che operano ciascuno in posizione prioritaria nell'ambito della propria funzione.

⁽¹¹⁾ Come noto infatti nelle società di persone, nella loro forma più elementare ed antica, di regola, in assenza di diverse prescrizioni dell'atto costitutivo, vi è perfetta coincidenza tra la qualità di socio e quella di amministratore. L'amministrazione spetta a tutti i soci proprietari, i quali sono anche i titolari dell'impresa, posto che a tali società non si riconosce personalità giuridica. Il loro diritto ad amministrare deriva direttamente dal complesso di diritti che i soci hanno sul patrimonio sociale, cioè l'attività amministrativa altro non è che l'esercizio di un diritto che trova il suo fondamento nella qualità di comproprietario del socio.

⁽¹²⁾ Questa considerazione viene ben posta in evidenza dal FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, 1938, p. 2 e ss., proprio per precisare che la natura giuridica dell'ufficio di amministratore deve necessariamente essere la stessa, sia nell'ipotesi in cui l'amministratore sia socio, sia in quella in cui non lo sia.

3. La relazione fiduciaria come categoria generale del diritto comune.

Punto di partenza non può che essere la definizione della *relazione fiduciaria*.

Per *relazione fiduciaria* si intende quella relazione che intercorre tra due soggetti, quando una parte si trova a curare l'interesse di un'altra, la quale si affida totalmente, lasciando al primo la scelta su come gestire detto interesse. Volutamente si è scelto di partire da una definizione molto ampia di relazione fiduciaria, quella che si trae dal diritto comune, facendo riferimento al "fenomeno" piuttosto che all'uno o all'altro istituto giuridico cui la relazione può essere ricondotta nei diversi ordinamenti, per mettere appunto in maggiore evidenza quelle che sono le caratteristiche fondamentali di tale tipo di relazione.

L'elemento che appare essenziale nel rapporto è la *gestione dell'interesse altrui*, che in questo caso si atteggia in modo diverso e peculiare rispetto all'attività posta in essere dal comune prestatore di opera, che pure agisce per conto altrui ma per eseguire un preciso incarico materiale o intellettuale. L'elemento che caratterizza la relazione fiduciaria è che in questa, la gestione dell'interesse, e dunque ogni decisione al riguardo, esce dalla sfera del titolare dell'interesse per entrare in quella del fiduciario cui ne è appunto affidata la cura. E' il fiduciario a decidere come curare l'interesse; il titolare dell'interesse, in buona sostanza, una volta scelto il fiduciario, resta passivo, non potendo più gestire direttamente il proprio interesse. Proprio da questa singolare situazione di prevalenza del fiduciario deriva la possibilità di abuso, che sempre si rinviene nelle relazioni fiduciarie. Per contro, nelle attività meramente esecutive e nelle prestazioni di opera in genere, la gestione dell'interesse resta nella disponibilità del titolare, il quale seguita a decidere come gestire il proprio affare, salvo affidare il compimento della singola "opera" (materiale o intellettuale che sia) ad un terzo esecutore (13).

(13) Un esempio potrà essere utile per chiarire le differenze. Se ad es. Tizio decide di tinteggiare le pareti della sua abitazione e dà incarico all'imbianchino di provvedere, è evidente che tra i due non si instaura un rapporto fiduciario, l'imbianchino sarà semplicemente tenuto a provvedere con la diligenza e perizia richiesta dalla sua professione. Diverso sarebbe il caso in cui lo stesso Tizio affidasse ad un terzo soggetto di sua fiducia l'incarico di provvedere a che le pareti della sua abitazione siano ritinteggiate, lasciando a quest'ultimo la scelta di come

Da questo totale affidamento del fiduciante al fiduciario discende, di nuovo quale caratteristica comune a tutti gli ordinamenti, un particolare dovere di lealtà del fiduciario nel compimento del proprio incarico, dovere che è superiore a quello che normalmente impronta i rapporti contrattuali. Non è infatti sufficiente che il fiduciario agisca secondo gli ordinari canoni di correttezza e buona fede, è necessario un grado di lealtà maggiore, che lo porti a porre l'interesse del fiduciante al di sopra di tutti gli altri, e ciò proprio perché egli è chiamato a sostituirsi al titolare stesso nella gestione di quell'affare.

E' questo il tratto distintivo del rapporto ⁽¹⁴⁾. Certamente l'incarico dovrà essere eseguito anche nel rispetto dei canoni della diligenza, ma essendo il rapporto caratterizzato proprio dall'affidamento, la prima diligenza consisterà nell'essere leale, nel non agire in conflitto di interessi. Non vi è dubbio del resto che l'agire in conflitto di interessi già di per sé implicherebbe assenza di diligenza da parte del fiduciario.

La ragione del prevalere dell'obbligo di lealtà su quelli di perizia e diligenza si giustifica proprio in virtù del rapporto fiduciario instauratosi tra i due soggetti. Il fiduciante ha scelto una persona quale suo fiduciario proprio perché di questa si fida e perché vuole che sia questa a scegliere per lui. In qualche modo ha assunto preventivamente il rischio di un'eventuale imperizia del fiduciario (si configurerebbe una sorta di *culpa in eligendo*), poiché nella sua scelta è prevalso il sentimento della fiducia che egli nutre nei confronti del fiduciario. Ciò non significa che quest'ultimo non debba essere diligente, ma certamente fa sì che siano più larghe le maglie del *business judgement* nel valutare la negligenza e l'imperizia. L'obbligo principale del fiduciario resta dunque quello di non agire in conflitto di interessi e di non tradire la fiducia riposta.

provvedere. In questo caso la persona incaricata si troverà a gestire l'affare per conto di Tizio. Sarà il fiduciario a decidere chi chiamare, come selezionare l'imbianchino e via dicendo; potrebbe addirittura decidere di provvedere lui stesso personalmente alla ritinteggiatura e per Tizio nulla cambierebbe, essendosi affidato ad una persona di sua fiducia.

Questo esempio rende evidente come ciò che distingue la relazione fiduciaria dalla prestazione di opera non è tanto il tipo di attività da porre in essere (tinteggiatura delle pareti, alienazione di beni o altra attività ecc.), quanto la circostanza che il fiduciante abbia trasferito la scelta in ordine al proprio interesse al fiduciario, al quale si affida totalmente.

⁽¹⁴⁾ Come si avrà modo di vedere più avanti questo aspetto è caratteristico delle relazioni fiduciarie anche nei sistemi di common law...v. sul punto ...Ribstein... e la più recente dottrina nordamericana in tema di *Fiduciary duties* che individua nel *duty of loyalty* piuttosto che nel *duty of care* l'obbligazione fondamentale e caratterizzante quel tipo di relazione).

Così delineate le caratteristiche della relazione fiduciaria intesa in senso lato occorre verificare attraverso quali istituti questi principi trovino applicazione nei diversi ordinamenti, anticipando sin da ora - come del resto appare evidente - che il prototipo di tale rapporto nel nostro ordinamento è costituito dal mandato.

Per seguirne le differenti linee evolutive, sarà utile ripercorre brevemente l'origine dell'istituto fiduciario.

4. *La relazione fiduciaria trova origine nella fiducia di diritto romano e nella sua combinazione con il mandato.*

La relazione fiduciaria trova il suo fondamento nell'antica *fiducia* del diritto romano, negozio nato nell'età arcaica, molto utilizzato nel periodo classico, ma successivamente caduto in disuso, tanto che di esso non vi è traccia nel diritto giustiniano (15). Probabilmente, nel periodo di suo massimo utilizzo, la fiducia era un contratto che, per la sua forma, sarebbe dovuto rientrare nell'ambito dei contratti reali o delle *res creditae*, e forse vi era ricompreso, ma di ciò non vi è certezza essendo stato successivamente abolito (16).

In particolare la *fiducia* si può definire come una convenzione per cui una delle parti (fiduciario), ricevendo dall'altra (fiduciante) un bene nella forma della *mancipatio* o della *in iure cessio*, assumeva l'obbligo di usarlo ad un fine determinato e, di regola, di restituirlo una volta raggiunto tale fine (17)(18).

(15) Cfr. BURDESE, *Fiducia (diritto romano)*, *Novissimo Digesto*, _____ p. 295 e ss., dove si legge appunto che solo per le applicazioni della fiducia a scopo pignoratizio abbiamo informazioni più abbondanti, in quanto per un verso proprio con riferimento al pegno sono pervenuti documenti della prassi negoziale di età classica (come la c.d. formula *Baetica* una tavoletta di bronzo contenente un formulario negoziale), per altro, in base al c.d. criterio di interpretazione sistematico delle interpolazioni giustiniane, si è giunti a capire che parecchi frammenti delle opere classiche contenuti nel Digesto Giustiniano nei quali si parla di *pignus*, in realtà nella stesura originale erano riferiti alla *fiducia*. Il risultato è appunto che, pur essendovi una vastissima letteratura in materia, proprio lo stato delle fonti non ha consentito di raggiungere soluzioni univoche sui punti centrali dell'istituto.

(16) Sono queste le parole del P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino rist. 1966, p. 470 e ss.

(17) P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit. p. 470 e ss.

(18) La *fides* è termine di amplissima portata che nell'esperienza giuridica del diritto romano veniva usato con un duplice significato. La *fides* poteva infatti essere intesa in senso

Caratteristica del negozio era dunque il trasferimento della proprietà di un bene per il raggiungimento di uno scopo diverso da quello del semplice passaggio di proprietà, scopo per il quale era appunto necessario fare affidamento sulla lealtà del fiduciario che si impegnava a provvedervi ⁽¹⁹⁾. Si creava quindi un affidamento del fiduciante sul fiduciario, il quale dovendo gestire per conto dell'interessato il bene e l'intero affare, aveva naturalmente anche la possibilità di abusarne. Infatti, caratteristica costante della relazione fiduciaria sin dall'origine è la possibilità di abuso che caratterizza il fiduciario che si trova a gestire l'affare per conto altrui ⁽²⁰⁾.

Volendo andare al fondo della natura del negozio di fiducia in esso si rinvenivano, a ben vedere, aspetti tipici di due negozi differenti: l'obbligo di gestire nell'interesse altrui, elemento già allora connaturato al mandato ⁽²¹⁾, e il

oggettivo, come esistenza di un legame e di un vincolo, in questo senso usata dunque come sinonimo della *fiducia*, ovvero in senso soggettivo, riferita cioè all'atteggiamento che l'individuo doveva assumere nella vita di relazione, in particolare nei rapporti obbligatori, nei quali appunto "il comportamento di ciascun contraente doveva corrispondere alla dichiarazione resa, alla parola data, come si esprime Cicerone: <<*fit quod dicitur: dictorum conventotumque constantia et veritas*>>". A questo carattere se ne aggiungevano poi altri volti a rafforzare ancor di più questo aspetto formale del rispetto della parola data, attraverso il riferimento al dovere di agire bene e senza frode "lealtà, probità, onestà e così via sono, dunque, i valori di riferimento della *fiducia*".

In questi termini G. DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, Torino 1992, p. 10 e ss.

⁽¹⁹⁾ La fiducia si esplicava in un duplice modo, venendo a costituire allo stesso tempo la sostanza dell'intero rapporto e l'atteggiamento del fiduciante, affidatosi alla *bona fides* ed alla correttezza dell'operare del fiduciario, divenuto beneficiario della cosa emancipata. In questi termini G. DIURNI, *Fiducia, tecniche e principi negoziali nell'alto medioevo*, I, Torino 1992, p. 37 3 ss..

⁽²⁰⁾ Nella fiducia di tipo romanistico la possibilità di abuso era necessaria conseguenza del fatto che la proprietà del bene veniva trasferita in via definitiva e che l'eventuale restituzione all'originario titolare o l'ulteriore trasferimento a terzi si basava appunto unicamente sulla lealtà del fiduciario.

La possibilità di abuso era presente anche nel caso della fiducia di tipo germanico, anche se a questa era già connaturato una sorta di rimedio per fare fronte a tale eventualità. In essa, infatti, la determinazione dello scopo esercitava la sua influenza "direttamente nella sfera del potere giuridico del fiduciario", al quale il bene era sì trasmesso, ma sotto condizione risolutiva, per cui, in caso di uso contrario allo scopo convenuto, questo sarebbe dovuto tornare al fiduciante anche a scapito del terzo acquirente. Sul punto v. per tutti R. NITTI, *Negoziario fiduciario, Novissimo Digesto*, Torino p. 202 e ss.

⁽²¹⁾ Il mandato è istituito che trova origine nel diritto romano, anche se soltanto nelle sue elaborazioni più tarde, poiché all'inizio la forma esige la presenza materiale della persona interessata. Solo con il passare del tempo e con il permearsi del diritto romano con il diritto naturale, la giurisprudenza iniziò a capire che l'obbligazione di presentarsi personalmente era *incomoda ed inutile* e si arrivò ad autorizzare, nelle operazioni di diritto delle genti, l'intervento dei procuratori. Così la facoltà di agire per mezzo di mandatari divenne ben presto di diritto

trasferimento della proprietà del bene, tipico appunto della *mancipatio* o della *in iure cessio*. Proprio dalla combinazione del mandato con l'aspetto reale del trasferimento della cosa nasceva del resto la possibilità di abuso del fiduciario, divenuto proprietario del bene; non è dunque soltanto l'uno o l'altro aspetto che può essere preso in considerazione per spiegare natura e caratteristiche del negozio fiduciario nel suo complesso, ma l'attenzione deve necessariamente ricadere su entrambi ⁽²²⁾. E' vero però che, per costruire in positivo il rapporto "interno" che lega il fiduciante al fiduciario e per individuare i doveri che

comune, rimanendo estranea soltanto ad alcuni atti che conservavano ancora l'impronta del formalismo dell'antico diritto, ciononostante non si giunse mai a riconoscere al mandatario la rappresentanza diretta del mandante. L'idea del mandato, dunque, nel diritto romano non implicava la rappresentanza.

Il mandato, come si avrà modo di vedere più avanti, veniva definito come quel contratto in base al quale una persona si impegnava gratuitamente ad eseguire una prestazione o a gestire un affare per conto di un'altra. L'essenza del rapporto era data dunque dall'impegno di agire nell'interesse altrui e dall'affidamento che veniva così a crearsi (cfr. § 5). La parola mandato del resto deriva proprio da *manum dare*, perché anticamente il mandatario dava la mano al mandante a conferma della fede che gli prometteva.

Si legge, infatti, in POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, in *Opere*, vol. II, p.549 e ss.: "*Color che si dilettano di investigare la etimologia de' vocaboli, hanno osservato che la parola mandatum, che è il nome di questo contratto, viene a manu data, perocché, in questi contratti, quello che incaricavasi dell'affare soleva colla sua mano stringer quella di colui che glielo affidava, onde provargli ciò che gli dava ed impegnava la sua parola di disimpegnarsene meglio che per lui si poteva; avvegnanchè secondo gli antichi la mano era simbolus fidei datae. Vedi il lessico di Brisson alla voce mandatum*"

Nello stesso senso anche TROPLONG, *Del mandato*, p.5 e ss., "*Donde deriva la parola mandato? Gli etimologisti han cercato la soluzione di tale quesito. Gli antichi, soliti dedicare ad una divinità le principali parti del corpo, riguardavano la mano come simbolo della fedeltà. Quando una persona voleva impegnarsi verso d'un'altra in quei secoli di ignoranza e rozzezza nei quali così rara era l'arte di scrivere, porgevale la mano come pegno di sua fede. Questa pantomima religiosa e giuridica era soprattutto praticata allorché taluno per la gestione d'un affare mettevasi in balia dell'altrui fedeltà; non deve dunque sorprendere se una tale convenzione ha ritenuto il nome di mandato, o manu datum*".

⁽²²⁾ Non sembra dunque da condividere del tutto l'affermazione del DIURNI, in *Fiducia*, op. cit., p.38 e ss., secondo il quale l'istituto della fiducia non dovrebbe essere costruito in negativo, sulla potestà di abuso del fiduciario, "*dalla dottrina corrente assunta come unica caratteristica rilevante del negozio fiduciario*", bensì in positivo, basandosi sull'aspetto del commettere un proprio diritto ed interesse ad altri. I due aspetti, a mio avviso, non possono che essere considerati congiuntamente, poiché altrimenti non si sarebbe di fronte a quel fenomeno che veniva definito dal diritto pregiustiniano *negozio fiduciario*, bensì a fenomeni diversi.

Si deve dunque convenire con il Diurni che non si può parlare di fiducia per la sola presenza della possibilità di abuso di una delle due parti contrattuali, ma allo stesso modo mi sembra non si possa parlare di fiducia per il solo fatto di aver commesso ad altri un proprio diritto e interesse, essendo questo aspetto comune a anche ad altri tipi di contratti.

sorgono in capo a quest'ultimo, l'aspetto che diventa di riferimento è la gestione di affare altrui di cui questi è incaricato e dunque il rapporto di mandato che è all'interno del negozio fiduciario. E' questo l'aspetto che storicamente lega la fiducia di tradizione romanistica al mandato. Il rapporto interno che legava il fiduciante al fiduciario era uguale a quello che legava e che lega tutt'oggi il mandante al mandatario, essendo costituito dall'obbligo di gestire nell'interesse altrui e dunque dall'obbligo di porre tale interesse al di sopra di tutti gli altri. La differenza tra i due istituti era data dalla maggiore complessità del negozio fiduciario, che, come si è detto, oltre al rapporto di mandato aveva bisogno, per essere tale, anche dell'effetto reale del trasferimento del bene in proprietà, dal quale dipendeva la totale perdita di controllo del fiduciante, con la conseguente maggiore possibilità di abuso del fiduciario.

Ciò spiega perché, ancora oggi, il mandato è considerato il prototipo delle relazioni fiduciarie, nonché l'istituto che fa da riferimento nel rapporto interno tra fiduciante e fiduciario. Ciò che varia tra il mandato e la fiducia, ora come allora, è la *veste esterna* del rapporto, vale a dire ciò che lega il fiduciario e il mandatario al bene oggetto della gestione, anche se come si vedrà questo aspetto finisce per avere delle ripercussioni anche nel rapporto interno. Nella fiducia romanistica, così come in altri istituti moderni che possiamo considerare i suoi diretti eredi (come il *trust* del mondo anglosassone ad esempio), il fiduciario gode di un diritto pressoché assoluto ed illimitato sul bene (molto vicino ad un vero e proprio diritto di proprietà, seppure con le peculiarità del caso), mentre nel caso del mandato il bene, sebbene affidato alla cura del mandatario, resta nella disponibilità dell'originario proprietario.

5. *La relazione fiduciaria è caratteristica sia dei negozi fiduciari che dei c.d. negozi di fiducia.*

La circostanza che il tipo di affidamento che si crea nel negozio fiduciario è molto simile a quello che si viene a creare in altri rapporti ed in particolare nel mandato, spesso dimenticata dalla dottrina moderna, non era in verità sfuggita alla più attenta dottrina dell'inizio del secolo scorso, la quale appunto aveva rilevato che la *relazione fiduciaria*, così come sin ad ora intesa, era elemento

caratteristico non solo dei *negozi fiduciari* tradizionali, ma anche di altro tipo di negozi chiamati appunto per questo “*negozi di fiducia*” (23).

Secondo questa dottrina, accanto ai negozi fiduciari veri e propri, caratterizzati “*da un’eccedenza del mezzo adoperato di fronte allo scopo che si vuol conseguire, poiché una parte (fiduciante) per un fine ristretto dà ampio potere giuridico (attraverso il trasferimento in proprietà) all’altra (fiduciario) che assume l’obbligo (personale) di usare della posizione giuridica reale, costitutale, solo entro i limiti di quel fine*”, se ne incontrano degli altri, i *negozi di fiducia* appunto, nei quali, pur non essendovi alcun trasferimento reale di diritto, si rinviene la stessa situazione psichica che caratterizza i primi, e cioè quella che determina uno dei soggetti ad affidare all’altro un proprio interesse economico giuridico perché ne abbia cura, nutrendo un particolare sentimento di fiducia, e confidando nella sua lealtà ed onestà. In questa categoria rientrano molti dei negozi in cui si ha un “*agire per conto altrui*”, nei quali è sottinteso appunto un rapporto di fiducia, e tra i quali spicca il rapporto di mandato (24). Secondo la definizione fornita dalla dottrina

(23) L’elaborazione della categoria dei *negozi di fiducia* a fianco a quella dei *negozi fiduciari* è dovuta alla dottrina tedesca, ed in particolare al RUMPF, (*Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, in *Arch. F. die Civ. Prax.* 119, 1920, p. 1 e ss.), il quale, secondo quanto racconta il CARIOTA FERRARA, ha ritratto vivacemente il campo dei negozi di fiducia, ponendo alla base della sua trattazione “*un esame molto acuto dell’aspetto economico dei vari rapporti giuridici e un’indagine assai fine sull’intimo atteggiamento psichico dei soggetti che li pongono in vita*”.

La distinzione viene per la prima volta ripresa in modo chiaro in Italia proprio dal CARIOTA FERRARA, nel suo noto contributo su *I negozi fiduciari (Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e garanzia. Processo fiduciario, Padova Ristampa 1933)*. L’Autore, infatti, dopo aver fornito una definizione dei negozi fiduciari, afferma che si possono incontrare anche altri tipi di rapporti giuridici, i negozi di fiducia appunto, nei quali è dato riscontrare la medesima situazione psichica. In particolare si legge “*lasciando il campo dei negozi fiduciari, s’incontra in altri rapporti giuridici una caratteristica situazione psichica che determina uno dei soggetti ad affidare all’altro un proprio interesse economico-giuridico perché ne abbia cura. Tale situazione psichica, che si riverbera e si concretizza in una corrispondente situazione materiale, si riassume, pur essa in nient’altro che in un sentimento di fiducia, nutrito da una parte per l’altra, sulla cui lealtà ed onestà essa confida. Ma qui si è, evidentemente, fuori di quella fiducia sui generis, or ora brevemente esaminata, la quale determina un soggetto a costituire a vantaggio dell’altro una posizione di titolarità assoluta ed illimitata dal punto di vista reale, e solo obbligatoriamente circoscritta nei limiti ristretti dello scopo del negozio. In altri termini, i nuovi rapporti giuridici che veniamo a delineare trovano il loro fondamento in una fiducia sostanzialmente diversa da quella che può dirsi, anche per la tradizione storica che l’accompagna la vera fiducia, la fiducia in senso tecnico. Alla seconda corrispondono i negozi fiduciari, alla prima i negozi che chiameremo negozi di fiducia*”, op. cit. p. 2 e ss..

(24) L’analisi svolta dal RUMPF, per verificare in concreto quali dei negozi che si presentano nella vita degli affari e soprattutto quali di quelli disciplinati nelle legislazioni possono essere definiti come negozi di fiducia – così come riportata dal CARIOTA FERRARA – è in verità molto ampia. L’Autore raggruppa tutte le possibili situazioni economiche e giuridiche in quattro gruppi generali: contatti d’interessi, legami d’interessi, fusioni d’interessi e rappresentanze di interessi.

questi negozi di fiducia hanno “la loro base nelle qualità intrinseche, morali (onestà, lealtà) di una delle parti e nel sentimento che per esse anima la controparte, consistente nel fidare”⁽²⁵⁾. Molto interessante è l’enunciazione delle modalità cui il fiduciario deve attenersi nel curare l’interesse altrui, laddove si ricorda che questi “è tenuto a curarli a preferenza degli stessi interessi propri. Delle due parti questa [il fiduciario] agisce, quella [il fiduciante] non esercita che una funzione più o meno passiva, limitandosi a ricevere i servizi che le sono resi. Quanto più ampia è la cura affidata dal fiduciante, tanto più vasta è l’attività d’amministrazione del fiduciario, e quindi tanto più libera è la sua posizione. Ciò s’accentua quando il fiduciario è particolarmente competente nel campo in cui deve svolgere la sua attività, e il fiduciante è profano”⁽²⁶⁾.

Quest’ultima considerazione rende evidente come, anche nei negozi di fiducia, pur non essendovi il trasferimento reale del bene al fiduciario, possono verificarsi dei casi in cui quest’ultimo si trovi di fatto, a disporre del bene in modo assoluto e dunque a poter abusare del proprio potere. In questi casi è dunque necessario non solo che il rispetto dei doveri fiduciari sia massimo ma, come si avrà modo di vedere più avanti, che vi siano adeguati sistemi di controllo atti a sanzionare l’abuso del fiduciario.

La breve indagine svolta sulle caratteristiche della relazione fiduciaria, sulla sua origine e sulla sua presenza sia nei negozi di fiduciari tradizionali che nei c.d. negozi di fiducia, ci spiega perché lo studio delle relazioni fiduciarie

In particolare nell’ultimo gruppo, quello delle rappresentanze di interessi afferma che si rinvencono molto spesso, anche se non necessariamente, dei negozi di fiducia. Infatti, *al concetto economico di rappresentanza di interessi corrisponde, tra i concetti tecnicamente elaborati ed assunti negli ordinamenti giuridici, non quello della rappresentanza, ma piuttosto, l’altro generico dell’<<agire per conto altrui>>*. E, secondo l’Autore, in questo gruppo di situazioni economico giuridiche, rientrano tutti i negozi in cui si affida ad altri la cura dei propri interessi ed in particolare precisa che “*essi tendono tanto più a divenire negozi di fiducia quanto più ampio potere e maggiore libertà si concede alla persona scelta per l’amministrazione*”. Tipico in questo senso è il contratto di commissione, che è in questo gruppo di rappresentanze di interessi quando importa un’attività molteplice e duratura del commissionario, la quale presenta una caratteristica situazione di pericolo a fronte della quale appunto svolge una particolare funzione e assume peculiare atteggiamento l’elemento della fiducia. “*Basta pensare che nella commissione di compra o di vendita il commissionario deve compiere nell’interesse del committente un negozio che è tipicamente <<negozio per conto proprio>>, che, inoltre, è il commissionario che unisce col contratto di commissione quello di esecuzione e ne dà, poi, a suo piacimento contezza al committente, il quale molto difficilmente può fare al riguardo un serio controllo, che, infine, sono possibili al commissionario violazioni relative all’obbligo di custodia e di amministrazione dei beni affidatigli per l’esecuzione della commissione*”, così CARIOTA FERRARA, op. cit. p. 5 e ss.

⁽²⁵⁾ CARIOTA FERRARA, op. cit. p. 3.

⁽²⁶⁾ CARIOTA FERRARA, op. cit. pp. 4 e ss.

non può che prendere avvio dal rapporto di mandato, negozio di fiducia che assurge nel nostro ordinamento a prototipo delle relazioni fiduciarie.

6.- *Caratteri essenziali del mandato, negozio di fiducia prototipo delle relazioni fiduciarie. Caratteristiche cui deve essere improntata in questo caso la gestione nell'interesse altrui (nel caso del mandato).*

Quanto sin qui esposto consente già di avviare l'indagine da un primo punto acquisito: l'essenza del rapporto di mandato è data proprio dall'impegno che sorge in capo al mandatario di *agire nell'interesse altrui* e dal conseguente affidamento che sorge tra mandante e mandatario. E' questo, infatti, l'elemento ricorrente che storicamente accompagna il mandato.

Già nel diritto romano il mandato veniva definito come un contratto consensuale bilaterale imperfetto, per cui una delle parti si obbligava gratuitamente a eseguire una prestazione o a gestire un affare per conto dell'altra, dalla quale aveva ricevuto l'incarico (27). Il formalismo che caratterizzava il diritto romano non consentiva di riconoscere la rappresentanza, per cui verso i terzi era il mandatario che acquistava i diritti ed assumeva gli obblighi. La gratuità era poi elemento connaturato al mandato ma non essenziale, tanto che le necessità sociali introdussero presto l'uso di retribuire mediante donativi o attestati onorifici alcuni mandati, uso che divenne successivamente la regola per i mandati di natura commerciale (28).

(27) Così v. per tutti BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino rist. 1966, p. 496 e ss.

(28) La gratuità era elemento originariamente connaturato al mandato perché, come ben messo in luce dal Pothier, alla base dell'impegno del mandatario vi era il sentimento dell'amicizia. Per questo, anche laddove prevista una ricompensa, questa non snaturava il rapporto poiché veniva corrisposta in segno di riconoscenza, non a titolo di prezzo per la prestazione. Il servizio reso, in quanto fondato soprattutto sull'amicizia, non era "apprezzabile", non gli si poteva attribuire un valore oggettivo, per questo motivo quanto eventualmente corrisposto veniva chiamato *honorarium* e, anche se promesso contemporaneamente all'attribuzione dell'incarico, rimaneva elemento estraneo al contratto, tanto è vero che, nel diritto romano, poteva essere richiesto solo *per persecutionem extraordinaria* e non invece con l'*actio mandati*. Questa distinzione tra i due tipi di azioni venne comunque superata con l'entrata in vigore del Codice Napoleone.

Una rapida disamina dell'evoluzione storica dell'istituto - dal diritto romano, passando per l'elaborazione del *Pothier*, attraverso quella contenuta nel *Code Napoleon*, via via sino a giungere all'attuale formulazione del codice civile italiano del 1942 ⁽²⁹⁾ - mostra come taluni aspetti, quali ad es. la gratuità o la

Come accennato nel testo, l'elemento della gratuità venne successivamente meno, soprattutto nei rapporti di tipo commerciale, dove l'onerosità divenne la regola. Sul punto cfr. POTHIER, *Trattato del contratto di mandato*, in *Opere*, vol. II, p.549 e ss.

V. anche Cfr. BONFANTE, op. cit.,

⁽²⁹⁾ Agli stessi principi del diritto romano sembra rifarsi POTHIER, che apre il suo *Trattato del contratto di mandato*, affermando che “*Il contratto di mandato è il contratto per cui uno dei contraenti affida la cura d'uno o più affari, per amministrarli in suo luogo, in suo nome ed a suo rischio, all'altro contraente che ne assume gratuitamente l'incarico, e si obbliga a renderne conto*”.

La definizione viene successivamente ripresa nelle diverse legislazioni con leggere varianti.

Così nel codice napoleonico, tutt'ora in vigore in Francia (e che è stato codice del Regno d'Italia), il contratto si arricchisce dell'elemento della rappresentanza, che diviene elemento che contraddistingue il mandato; l'elemento della gratuità resta, a meno che non sia prevista una convenzione contraria. L'art.1984 cod. civ. franc. stabilisce infatti che “*il mandato o procura è un atto col quale una persona dà ad un'altra il potere di fare qualche cosa nell'interesse del mandante e nel di lui nome. [...]*”. Quando il mandatario agisce spendendo il proprio nome l'effetto rappresentativo si manifesta solo in via indiretta nei confronti del mandante e dei terzi. E' questo appunto il caso del mandato commerciale, o commissione, che già allora era considerato contratto oneroso e veniva svolto senza spendita del nome.

Nel successivo codice civile italiano del 1865 “*Il mandato è un contratto in forza del quale una persona si obbliga gratuitamente o mediante un compenso a compiere un'affare per conto di un'altra persona da cui ne ha avuto l'incarico*” (art. 1737 cod. civ.). “*Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contratto, né i medesimi l'hanno contro il mandante. In tal caso però il mandatario è direttamente obbligato verso la persona con cui ha contratto, come se l'affare fosse suo proprio*” (art.1744 cod. civ.). Disciplina analoga era dettata per il mandato commerciale e la commissione, regolati dal codice di commercio agli art.349 e 380, i quali però si presumevano a carattere oneroso.

Il codice del 1942, nel voler fornire una nozione unica di mandato, fissa all'art.1703 che “*Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra*” e negli articoli seguenti disciplina il mandato con e senza rappresentanza (art.1704 e 1705 cod. civ.). Nella nuova formulazione del legislatore, dunque, il mandato formalmente non si distingue più per la rappresentanza, che può anche non esservi (o meglio, secondo l'elaborazione della dottrina, essere diretta o indiretta) ma per l'attività giuridica che ne forma oggetto, che deve consistere nel compimento di un affare (attività giuridica) nell'interesse altrui. La prima dottrina aveva messo in luce soprattutto il fatto che l'affare dovesse consistere in un'attività giuridica che veniva detta di cooperazione esterna – espressione utilizzata per primo da S. PUGLIATTI, *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Annali dell'istituto sc. giurid. Università messina*, 1929, e successivamente ripresa da MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Utet 1950, p.10 e ss.,- perché il mandatario doveva compiere il suo lavoro nei confronti di terzi non nei confronti del creditore del lavoro, cioè il mandante, come di regola facevano i prestatori di attività così detta materiale. Ma a ben vedere, ancora una volta, l'aspetto più rilevante del rapporto di mandato nel suo complesso, non era dato dall'aspetto esterno del contatto con i terzi o dalla qualifica dell'attività come giuridica, quanto dal rapporto interno che veniva a crearsi tra il mandante e il mandatario, il c.d. rapporto di gestione.

rappresentanza diretta, non siano in realtà “nati” con l’istituto e quindi essenziali e connaturati al mandato in ogni epoca, ma elementi accessori, che in un dato periodo storico possono anche aver assunto particolare valore ma non ne hanno mai permeato l’essenza. L’unico aspetto che davvero, come si è detto, è sempre stato caratteristico dell’istituto è l’attività che ne forma l’oggetto, cioè l’attribuzione dell’incarico di compiere un affare nell’interesse altrui, e la relazione fiduciaria che ne deriva (ed il conseguente particolare rapporto che viene a crearsi tra il mandante e il mandatario), quello che veniva già definito dal Pugliatti come il rapporto di gestione, caratterizzato appunto dall’esistenza dell’obbligo per chi agisce di impiegare la propria attività “*non già alla realizzazione di un fine proprio, ma al conseguimento dello scopo del principale*”⁽³⁰⁾.

Le costanti dell’istituto sono dunque date:

- dalla *gestione di un affare*, attività che come si è visto implica una discrezionalità di giudizio del mandatario al quale è affidato il compito di scegliere come gestire l’affare;

- dalla *alterità dell’affare*, perché come si è visto il mandatario agisce nell’interesse altrui su incarico del mandante, circostanza che combinata con la discrezionalità di cui al punto precedente porta alla nascita di una *relazione fiduciaria* tra i due soggetti;

- e dalla presenza costante del mandante, come *dominus* dell’affare, cui il mandatario deve rispondere con la rendicontazione ed al cui controllo, di regola, è sottoposto.

⁽³⁰⁾ “Il rapporto di gestione è uno speciale rapporto giuridico, che nasce quando si pongono in essere determinati fatti di cooperazione ...tra cui caratteristico l’obbligo dell’agente di impiegare la propria attività, non già alla realizzazione di un fine proprio, ma al conseguimento di uno scopo del principale. [...]. Non tutti i fatti di cooperazione possono dar vita ad un rapporto di gestione. Vi sono fatti di cooperazione in virtù dei quali il cooperatore non fa che aiutare materialmente il principale, svolgendo accanto a lui, o in vece di lui, un’attività che quegli non può o non vuole compiere personalmente, la quale attività, perciò non importa la creazione di relazioni (giuridiche) con i terzi; ciò accade ad es. quando viene conferito a taluno l’incarico di comporre una relazione tecnica, di redigere il progetto per la costruzione di un edificio e via dicendo. [...]. Un rapporto vero e proprio di gestione, capace di rappresentanza, può aversi soltanto quando il fatto di cooperare tende alla conclusione di affari (e quindi alla creazione di rapporti giuridici) con terze persone) [...]. Per tale ragione i fatti di cooperazione esterna, costituiscono quella che viene chiamata cooperazione giuridica, in opposizione alla cooperazione materiale, nascente da fatti di cooperazione interna [...]. In definitiva si può dire che si ha rapporto di gestione, quando l’agente mette a disposizione del principale la propria attività volitiva, per trattare e concludere uno o più negozi giuridici nell’interesse di lui”

Così S. PUGLIATTI, in *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, pag. 165 e ss.

Ciò conferma dunque che la caratteristica che più delle altre ha dato e dà tutt'oggi fisionomia all'istituto è *la gestione (fiduciaria) dell'affare nell'interesse altrui*.

Ciò detto, vediamo allora quali sono le regole cui deve essere oggi improntata questa gestione, che è caratterizzata sin dall'origine dalla *fides*, intesa come rispetto della parola data e come *dovere di agire bene e senza frode con lealtà, probità ed onestà*.

In termini generali si suole dire che il mandatario ha due obbligazioni nei confronti del mandante: quella di eseguire la sua missione, cioè di curare *l'affare* affidatogli e quella di presentare il rendiconto delle proprie attività ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ L'individuazione così netta delle obbligazioni del mandatario è meno comune negli autori più recenti italiani, che tendono a concentrarsi sull'obbligazione principale (l'esecuzione della missione) e sulle modalità con le quali questa deve essere eseguita, riferendosi solo implicitamente e come conseguenza all'obbligo di rendiconto, pure esplicitamente prescritto dall'art.1713 cod. civ..

E' interessante notare come il MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, op.cit. pag.3 e ss., pur non citandolo autonomamente come obbligo del mandatario, individui nel rendiconto uno degli elementi connaturati al rapporto stesso. Così nell'opera citata (p. 3) precisa che: "La formula <<per conto altrui>> rivela palesemente la sua origine contabile, nell'ambito dei rapporti commerciali: un commerciante, che agisca per un altro, predispone un conto, e vi annota le poste attive e passive relative all'affare, accreditando o addebitando all'intestatario del conto il saldo attivo o passivo".

L'individuazione delle due obbligazioni è invece chiarissima nella dottrina francese. Sul punto si veda per tutti J. HOUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris 1996, p.1036 e ss. il quale avvia il capitolo *Obbligations envers le mandant*, proprio con l'annonce "Deux obligations s'imposent au mandataire: une obligation principale qui est d'exécuter la mission confiée, et une obligation accessoire qui est d'en rendre compte au mandant".

Con gli stessi termini esordisce anche P. MALAURIE, L. AYNÉS, P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, in *Cours de droit civil*, Paris 2001/2002.

Cfr. anche PH. PETEL, *Les obligations du mandataire*, th. Montpellier, Litec 1988.

In verità, in Italia, come si è anticipato particolare attenzione all'obbligo di rendiconto aveva dedicato il MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino 1952, p.90 e ss., preoccupandosi di precisare che contenuto dell'obbligazione di rendiconto non è soltanto "la presentazione di un prospetto numerico delle diverse partite di entrate e di uscite con la menzione del relativo saldo (attivo e passivo) finale" quanto piuttosto "una complessa obbligazione di render conto del proprio operato, di cui la specifica obbligazione di presentazione del conto, dianzi menzionata, sarebbe solo una delle concrete esplicazioni, verificatesi allorché l'esecuzione del mandato importi spostamento patrimoniale a favore e/o a danno del mandatario". Aggiunge infatti l'Autore, rifacendosi alla dottrina tedesca e francese dell'epoca che "non corre dubbio circa la preferibilità della seconda soluzione [...]: l'obbligazione di rendere conto del proprio operato, in guisa da potere – per dirla col Grünhut – procurare al mandante piena conoscenza degli elementi di fatto suscettibili di interessarlo e chiarezza sull'esito del negozio, viene considerata il naturale correlato della circostanza che quell'operato del mandatario viene svolto per conto altrui, è la gestione di un negozio destinato ad altri: il dominus negotii deve essere informato dei termini del negozio per suo conto gerito".

L'obbligazione principale è naturalmente quella di eseguire la missione che gli è stata affidata dal mandante, missione che per quanto dettagliata possa essere mantiene sempre un certo grado di indeterminatezza. Ciò spiega come si è detto il ruolo "particolarmente assorbente" che gli obblighi di diligenza e di correttezza assumono nella fase attuativa del rapporto di mandato ⁽³²⁾. Il mandante si affida al mandatario, sul quale dunque ricadono tutta una serie di obbligazioni tese a garantire la realizzazione dell'interesse del mandante.

Il mandatario è tenuto in primo luogo ad agire con *diligenza*, che secondo la prescrizione del codice deve essere quella del buon padre di famiglia (art.1710 cod. civ.). La diligenza, come noto, attiene al criterio giuridico del comportamento da tenere non alle capacità reali del mandatario, essendo concetto diverso dall'abilità. Ne deriva che si avrà comportamento negligente quando risulti che il mandatario non ha prestato quell'attenzione e non ha adottato quelle cautele che sono ovvie ed indispensabili per chi si trovi a svolgere quel tipo di incarico ⁽³³⁾.

Peraltro la gestione dell'affare altrui implica, come si è detto, la presenza di un'intensa *fiducia* da parte del mandante; il mandatario diligente, dunque, per non tradirla deve curare in modo *leale* l'interesse del mandante. Ne consegue che la diligenza deve comprendere anche la *lealtà*, poiché colui che non è leale, che agisce non rispettando le fondamentali obbligazioni della

⁽³²⁾ Sul punto v. per tutti LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, Obbligazioni e contratti*, Tomo IV, Torino 1985, p. 127 e ss., il quale precisa come sia "stato già sottolineato da altri che tutte le obbligazioni di <<fare>> hanno un contenuto generico e che in particolare le prestazioni di <<lavoro>> difficilmente sono determinabili in anticipo in ogni loro modalità. Le obbligazioni di fare, infatti, vengono inizialmente determinate nel loro contenuto prevalentemente attraverso l'indicazione del risultato cui tendono, e quindi in modo generico, giacché la tensione al risultato ha bisogno di una determinazione continua e costante, protratta nel tempo. Il carattere generico delle prestazioni di lavoro, in altri termini, richiede tendenzialmente una determinazione progressiva del contegno del debitore".

⁽³³⁾ Sul punto chiara è la sintesi di VISENTINI, *La disciplina del conflitto di interessi nel mercato mobiliare*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2002, II, p. 469, "La discrezionalità nell'esecuzione dell'incarico può avere effetti positivi o negativi, secondo l'abilità del mandatario. La negligenza non sta nel cattivo risultato della gestione, che può dipendere dai rischi e dalle fortune della gestione; dalle difficoltà, tenuto conto delle qualità del mandatario. L'abilità non è diligenza...[omissis]. Per le attività commerciali si parla di rischio di impresa (*business judgement*)".

Emblematico sul punto e per questo citato di continuo è il noto caso dell'incaricato di acquistare valuta per conto del cliente, il quale ha proceduto all'acquisto nonostante quella mattina il prezzo del dollaro fosse salito in modo palesemente anormale, a seguito di una particolare seduta della borsa della quale era agevole rendersi conto secondo appunto quanto provato in corso di causa, Cass. 26/2/1998, n.2079, in mass. Foro it. 1998.

correttezza e della buona fede, non può essere certamente considerato diligente (ecco che tornano i caratteri della *fides* romanistica).

E' peraltro principio oramai consolidato in dottrina - al di là delle incertezze e diverse posizioni sui criteri distintivi tra diligenza e buona fede - che la buona fede in senso oggettivo costituisca regola di condotta base che deve guidare i comportamenti di tutti i soggetti nell'esecuzione delle reciproche obbligazioni, per assicurare l'osservanza dei canoni di solidarietà e lealtà nello svolgimento del rapporto obbligatorio ⁽³⁴⁾. E nel caso del mandato, come in tutte le gestioni di affari altrui, questo obbligo è ancora più forte, il comportamento è *leale* se prende in conto come fosse proprio l'interesse del mandante, evitando ogni situazione di conflitto, esso comprende quindi in sé anche il *divieto di agire in conflitto di interessi*. Il mandatario, infatti, deve curare e perseguire il solo interesse del mandante, tanto che, qualora dovesse trovarsi in posizione di conflitto, l'obbligo di diligenza lo costringerebbe senza dubbio a rimettere il mandato. Il mandatario che dovesse agire in posizione di conflitto, senza aver rimesso il mandato e senza aver avuto l'autorizzazione del mandante, sarebbe senza dubbio sleale.

Naturalmente, come si è accennato, queste obbligazioni assumono un'importanza ancora maggiore nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un mandato generico, privo di istruzioni, che dunque rimette completamente al mandatario la gestione dell'affare. L'amplissima discrezionalità che caratterizza in questi casi il rapporto rende ancor più complessa ogni valutazione in ordine alla esecuzione del mandato, sia per il mandatario che per il mandante. L'unico *lume* che può e deve guidare il mandatario nelle sue scelte è l'interesse del *dominus* ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ E' proprio il concetto di buona fede in senso oggettivo l'erede della *fides* romanistica cui sopra si è fatto cenno.

Sulla buona fede in senso oggettivo come regola base v. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, op.cit. p. 130 e ss.

⁽³⁵⁾ Questo principio di carattere generale è stato espressamente codificato dal legislatore del 1942 con riferimento allo spedizioniere, all'art.1739 cod. civ., ma come ben messo in luce dal Minervini (op. cit. pag. 54) deve essere inteso appunto come applicabile in ogni rapporto che segua lo schema del mandato.

L'Autore vi fa riferimento proprio per chiarire cosa debba fare il mandatario in ipotesi di mancanza di istruzioni del mandante. "*Più spesso che non si creda, resta nel mandato indeterminato talun aspetto dell'attività devoluta al mandatario. E' il caso, che suole definirsi di <<mancanza di istruzioni del mandante>>. Tale ipotesi è presa in considerazione, nel nuovo codice (nel precedente cod. comm. Cfr. per contro art.356), unicamente nell'art.1739, 1° comma parte seconda, con riferimento particolare alla fattispecie della mancata ricezione da parte dello spedizioniere di istruzioni relative alla scelta della via, del mezzo e delle*

Ma come si individua l'interesse del *dominus*?

In proposito viene in soccorso una concezione dottrinarica che, seppure minoritaria, di recente si sta affermando in modo più deciso proprio con riferimento ai casi di maggiore incertezza dell'incarico, in base alla quale esaltando il ruolo di cooperatore del mandatario si arriva ad affermare che l'interesse del mandante debba essere valutato avendo riguardo allo scopo per il quale il mandato è stato affidato, *scopo oggettivo* che deve guidare anche al di là delle eventuali istruzioni impartite dal mandante ⁽³⁶⁾. Secondo questa impostazione, la valutazione dello scopo è un vero e proprio obbligo per il mandatario, il quale in caso di contrasto non deve attenersi alle istruzioni

modalità di trasporto della merce; ed è disciplinata nel senso che lo spedizioniere debba <<operare secondo il migliore interesse del committente>>. Ma codesta norma nell'intenzione dei compilatori, fu inserita nel testo legislativo come applicazione particolare di un principio generale, valido per ogni contratto rientrante nell'ambito del tipo del mandato: siccome espressamente si legge nella Relazione del Guardasigilli al Codice (n.719), e fu riconosciuto anche dal relatore Rotigliano in sede di esame del Progetto premilitare di codice di commercio da parte della Sottocommissione alle Assemblee legislative?.

(36) In dottrina a questa impostazione, affermatasi più di recente, si contrappone la concezione tradizionale che ritiene che, salvo casi eccezionali, l'unico riferimento per il mandatario debba essere la volontà espressa dal mandante, a nulla rilevando lo scopo oggettivo che questi intende perseguire con l'affidamento dell'incarico. Questa concezione deriva da una visione *antica* del mandatario come mero ausiliario del *dominus*, quasi più vicino al *nuncius*, che naturalmente portava a negargli ogni autonomia di azione, vincolandolo strettamente alle istruzioni del mandante (v. Savigny e altri autori riportati da Papanti-Pelletier ecc...).

L'unico caso in cui tradizionalmente si riconosceva al mandatario la possibilità di derogare alle istruzioni del mandante era quello della sopravvenienza di circostanze ignote al mandante che avrebbero verosimilmente portato quest'ultimo a revocare o variare i termini del mandato. Sul punto si veda per tutti POTHIER, op. cit., secondo il quale appunto "*Il y a un cas auquel le mandataire non seulement ne peut, mais ne doit pas exécuter le mandat dont il s'est chargé; c'est lorsqu'il est venu à sa connaissance quelque chose que le mandant ignore, et qui doit vraisemblablement porter le mandant à révoquer le mandat, lorsqu'il en aura connaissance?*".

E' questa sostanzialmente ancora la posizione del MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, op. cit., p. 54 e ss., nonostante anche lui faccia riferimento ad un seppur limitato ruolo di cooperazione del mandatario, laddove nell'affrontare l'ipotesi di <<mancaza di istruzioni del mandante>>, precisa che sembra preferibile aderire alla tesi di chi ritiene che il mandatario debba agire "*unicamente secondo l'intenzione dell'incaricante?*". A suo avviso, infatti, "*il mandatario non può atteggiare il negozio gestorio tout court in guisa da rispondere quanto più è possibile all'obiettiva utilità del mandante, non può assumere quale metro cui conformare un negozio gestorio la valutazione che di tale oggetto ragionevolmente farebbe il buon padre di famiglia: poiché il mandante ha scelto nel mandatario un collaboratore, non un tutore, come espressivamente si osserva in dottrina tedesca. Non l'interesse obiettivo del mandante, ma la intenzione di questi il mandatario deve tendere ad attuare integralmente: quell'interesse che il mandante, nella sua subiettiva valutazione, ha riconosciuto proprio e inteso perseguire con la stipulazione del mandato?*". Per l'Autore soltanto nel caso in cui, non soltanto manchino le istruzioni, ma sia addirittura impossibile desumere la specifica intenzione del mandante, il mandatario potrà adottare quelle soluzioni che "*rispondano quanto più possibile alla riposta intenzione dello stesso, in quanto il mandatario dà attuazione a quella che è l'intenzione tipica di un dominus in quella situazione?*".

ricevute ma realizzare l'interesse oggettivo del mandante (c.d. *funzionalizzazione del rapporto*) ⁽³⁷⁾. E' di tutta evidenza come l'adesione a questa impostazione, la cui applicazione può non essere determinante in un mandato semplice e ben delineato, divenga addirittura illuminante nei casi in cui il mandante sia nell'impossibilità di fornire istruzioni vuoi per la natura specialistica della gestione, vuoi per la "fisiologica" concreta difficoltà di impartirle ⁽³⁸⁾. In questi casi il mandante dovrà appunto aver riguardo allo scopo oggettivo per il quale il mandato gli è stato affidato non potendo contare su precise indicazioni del mandante. Proprio la discrezionalità più o meno ampia in cui il mandatario si trova ad operare rende necessaria la predisposizione di meccanismi di controllo volti a consentire al *dominus* di verificare che effettivamente il mandatario stia agendo nel suo interesse e non stia abusando dei poteri conferiti. In questa linea si sono mossi tutti gli ordinamenti inserendo nella disciplina del mandato disposizioni volte a garantire il necessario controllo.

Si tratta in primo luogo di meccanismi di informazione.

A questi criteri rispondono le disposizioni del codice civile italiano che impongono al mandatario di rendere note al mandante le eventuali circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato (art.1710, II co. Cod. civ.) e che gli consentono eccezionalmente di discostarsi dalle istruzioni ricevute "*qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione*" (art.1711, II, co. Cod. civ.). Alla stessa *ratio* risponde la disposizione che impone al mandatario di dare pronta

⁽³⁷⁾ Si possono ricondurre nell'alveo di questa concezione seppure con diverse gradazioni: AURICCHIO, *Considerazioni sull'eccesso di mandato*, *Dir giur.* 1965, p.1 e ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano 1984, p 540 e ss. e ID., *Il mandato e la commissione*, op. cit., p.180 e ss.. e da ultimo SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, op. cit., p. 304 e ss.

⁽³⁸⁾ La concezione della funzionalizzazione del rapporto di mandato è ben ripresa da SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui*, op. cit. pag. 307 e ss., il quale ritiene addirittura che la natura funzionale della situazione debba essere posta a base dell'istituto della proprietà nell'interesse altrui. Spiega infatti l'Autore che "*la prospettiva del solo limite lascia irrisolti tutti i problemi che si pongono nella sfera non coperta di direttive puntuali, la quale rimane ineliminabile da qualsiasi gestione dell'interesse altrui, per quanti obblighi, i più stringenti, si possano stabilire. E le forme moderne di proprietà nell'interesse altrui, cioè quelle inerenti la negoziazione di valori mobiliari, sono caratterizzate, come si è già più sopra notato, proprio dalla (inevitabile) carenza di istruzioni da parte del titolare dell'interesse gerito, a causa della natura specialistica della gestione [...]*".

Invero, la necessità di ragionare in termini di funzionalizzazione della situazione è tanto più stringente, quanto più l'assenza di istruzioni da parte del titolare dell'interesse gerito assume carattere fisiologico del rapporto".

comunicazione al mandante dell'esecuzione del mandato (art.1712 cod. civ.). A chiusura del sistema si colloca l'altra obbligazione di carattere generale cui si è fatto cenno in apertura, quella di rendere conto della propria attività, cioè di provare che il mandato è stato adempiuto regolarmente (art.1713 cod. civ.), obbligazione spesso definita come accessoria ma in realtà fondamentale per garantire l'informazione ed il continuo controllo da parte del mandante.

E' infatti proprio grazie a questa informativa costante e all'obbligo di rendiconto che il mandante può, di regola, essere in grado di verificare direttamente l'operato del mandatario ed esercitare con cognizione di causa anche l'estremo potere di controllo che è nelle sue mani, quello di revoca del mandato (artt. 1723 cod. civ, e ss.).

Fa da sfondo al sistema il principio della responsabilità del mandatario per la violazione degli obblighi prescritti ed i danni cagionati al mandante. E' infatti principio di diritto naturale delle gestioni di affari altrui, che colui che gestisce nell'interesse altrui avendo dei margini di discrezionalità di azione, per evitare facili abusi, sia soggetto ai principi generali della responsabilità civile.

7. Insufficienza dei tradizionali sistemi di controllo del mandato nei casi di fisiologica assenza del titolare dell'interesse. Necessità di predisporre altre tecniche che possano sostituire il tradizionale controllo del dominus.

Delineato il sistema dei controlli tradizionalmente previsti per il rapporto di mandato, occorre segnalare un problema che di recente si è imposto all'attenzione dell'interprete con sempre maggiore frequenza: quello dell'inefficacia di tali controlli nei casi di fisiologica assenza del titolare dell'interesse, fenomeno sempre più diffuso nella moderna realtà capitalistica (39).

La questione è semplice.

Come si è avuto modo di vedere tra le caratteristiche "costanti" nel tempo del rapporto di mandato vi è sempre stata quella della "*presenza costante del mandante, come dominus dell'affare*" cui il mandatario doveva rispondere con la

(39) Al fenomeno fa riferimento SATURNO, *La gestione di affari altrui*, op. cit. p.298 e ss, dove l'Autore correttamente ricorda le origini dalle quali è nato il mandato.

rendicontazione ed al cui controllo il mandatario era sottoposto. I principi che hanno guidato l'evoluzione della normativa dei controlli, di conseguenza, hanno sempre dato per presupposta l'attenta presenza del *dominus*, pur nella discrezionalità del mandatario tipica del rapporto. E' evidente dunque che i sistemi di controllo illustrati, più che sufficienti in un rapporto di mandato tradizionale, divengono meno efficaci o addirittura inutili nei casi in cui il mandante sia del tutto assente o si trovi nell'impossibilità di seguire l'attività delegata. La *fisiologica assenza* del titolare dell'interesse così come la sua assoluta incompetenza, possono vanificare del tutto l'operatività dei controlli tradizionali, rendendo in alcuni casi difficile se non impossibile l'esercizio dello stesso diritto di revoca. Conseguenza è il venir meno di qualsiasi forma di controllo e l'espandersi del potere di abuso del mandatario, il quale viene a trovarsi nella medesima situazione in cui si trova il fiduciario nei negozi fiduciari tradizionali, senza però che l'ordinamento abbia predisposto dei sistemi alternativi di controllo, i quali invece - come si è accennato in apertura del capitolo e come si avrà meglio modo di illustrare nel prosieguo - devono sempre essere presenti in circostanze di questo tipo, discendendo da un principio generale dell'ordinamento la necessità che la gestione di affare altrui sia sottoposta a controllo per evitare abusi ⁽⁴⁰⁾.

Si pensi, a titolo di esempio, al caso delle gestioni in materia finanziaria nelle quali il mandante spesso si affida ad un terzo esperto proprio perché ritiene di non avere le competenze sufficienti per operare direttamente (e dunque neanche per dare indicazioni o valutarne successivamente l'operato, salvo il caso estremo della produzione di danni), o ancora al caso della gestione di società per azioni con azioni completamente diffuse tra il pubblico, nelle quali di fatto gli azionisti si trovano nell'impossibilità di fornire indicazioni alla

⁽⁴⁰⁾ Esempificazioni di questo principio generale della necessità della predisposizione di sistemi di controllo alternativi, laddove l'interessato non sia nelle condizioni di controllare l'operato di chi agisce nel suo interesse, si trovano in tutti gli ordinamenti.

Si pensi a titolo di esempio, al caso già citato al §2 del minore nel nostro ordinamento, a tutela del quale il legislatore ha previsto che all'esercizio della potestà genitoriale sovrintenda l'organo giudiziario preposto, chiamato ad intervenire con la sua autorizzazione in una serie di circostanze proprio per garantire un controllo all'incapace.

Allo stesso criterio rispondono i sistemi di controllo predisposti da altri ordinamenti con riferimento a situazioni analoghe in cui il fiduciario si trovi appunto nella caratteristica situazione di possibile abuso (come ad es. nel caso del trust come si avrà modo di indicare più avanti).

società e di esercitare i diritti tipici degli azionisti. E' di tutta evidenza come in questi casi il titolare dell'interesse, per definizione, non sia in grado di esercitare i normali controlli previsti dall'ordinamento per il rapporto di mandato, e si trovi dunque in totale balia del mandatario-fiduciario. La sua posizione appare in questi casi molto più vicina a quella del minore, e del fiduciante, che non a quella del mandante, *dominus* dell'affare: egli non solo non è in grado di fornire alcuna istruzione circa l'operazione da compiere, ma non può esercitare alcun tipo di controllo né prima, né durante, né dopo la conclusione dell'affare, può solo subirne gli eventuali danni.

Come fare fronte a questa situazione che si sta vieppiù diffondendo nella moderna realtà capitalistica? E' possibile che l'ordinamento lasci privi di tutela proprio coloro che si trovano esposti ai maggiori rischi di abuso da parte del mandatario? La risposta come anticipato non può che essere negativa. L'ordinamento, così come previsto per il minore, dovrebbe intervenire per ripristinare, ove possibile, l'operatività dei controlli tradizionali ovvero introducendo delle tecniche che creino dei meccanismi di controllo alternativi, che possano operare anche nell'*inerzia/assenza* del titolare dell'interesse. Vale la pena anticipare sin da ora che lo Stato in questi casi può intervenire sia in chiave privatistica, prevedendo una regolamentazione più sofisticata che serva a rendere effettivamente operanti i tradizionali meccanismi di controllo, anche in presenza di situazioni di fatto che tendano a vanificarli, sia in chiave amministrativa, a seconda del contesto socio economico in cui deve intervenire e della natura degli interessi da tutelare.

Interessanti spunti sul tema dei controlli alternativi e delle tecniche privatistiche di tutela per i casi di *fisiologica assenza* di istruzioni da parte del principale possono rinvenirsi nella più sofisticata disciplina delle relazioni fiduciarie elaborata nei sistemi di *common law*, nei quali come si avrà modo di vedere i *fiduciary duties* scattano proprio nel momento in cui è appurata l'assenza di un controllo da parte del titolare dell'interesse.

8. *Le relazioni fiduciarie nei sistemi di Common law: cenni ai fiduciary duties e al loro campo di applicazione.*

Il riferimento a come le relazioni fiduciarie sono regolate nei sistemi che oggi chiamiamo di *common law*, si rivela particolarmente utile per chi voglia

andare all'essenza della relazione, come categoria generale del diritto comune, anche perché quella delle *fiduciary relationships* è categoria che in questi sistemi è stata elaborata nel corso dei secoli dalle corti di *Equity*, cioè da quelle corti che erano chiamate a risolvere le controversie rifacendosi non alle leggi o ai rigidi precedenti giurisprudenziali, ma ai generali principi di coscienza, giustizia ed equità ⁽⁴¹⁾. La nozione di relazione fiduciaria, dunque, in questi ordinamenti è

⁽⁴¹⁾ È utile ricordare che nei sistemi di derivazione anglosassone (che oggi chiamiamo genericamente di *common law*), storicamente si distingue tra due differenti segmenti del diritto la "*common law*" e l'"*equity*", ciascuno dei quali trae il nome dal fatto che ciascuno di essi era costituito dai principi elaborati da due diversi tipi di corti, appunto le *Common law Courts* e le *Equity courts* (*Courts of Chancery e Star chamber*). Nella sostanza le *Equity courts* entravano in gioco quando le *Common law courts* non potevano intervenire vuoi perché si trattava di questioni non regolate né da leggi né da precedenti giurisprudenziali, vuoi perché qualora fossero intervenute, il risultato raggiunto sarebbe stato sostanzialmente ingiusto, proprio a causa della rigida applicazione dei principi tecnici cui questi giudici erano tenuti.

Il risultato dell'attività di queste corti fu appunto la creazione di una serie di principi che dovevano trovare applicazione quando la *common law* non prevedeva dei rimedi efficaci per porre rimedio ad un particolare illecito. In effetti i "writs" di *common law* (cioè gli ordini dei funzionari giudiziari del re, che imponevano al convenuto di fare determinate cose in conseguenza dell'illecito descritto) non coprivano l'intero panorama degli illeciti giuridici, ma solo quelli caratterizzati da un elemento di violenza, effettiva o teorica. Il requisito della violenza escludeva, dunque, concettualmente illeciti consistenti in raggiri o violazioni della buona fede, cosicché le vittime di raggiri o di violazioni della fiducia, una volta scoperto che le corti di *common law* non offrivano loro alcuna tutela, o che la tutela era inadeguata a causa dei ritardi e delle complicazioni tecniche, non avevano altro mezzo che invocare l'intervento del re, chiedendogli di fare giustizia nell'ambito del suo potere sovrano. Il re, se prendeva a cuore il caso, poteva ordinare al primo ministro, il cancelliere, di occuparsi della questione, il quale doveva cercare di risolvere la questione trovando un risultato che fosse giusto nel caso concreto, doveva cioè di cercare di realizzare l'*equity*. Con il tempo questa procedura con indagini straordinarie del cancelliere, delegato dal re, divenne routine, di qui il nome e il metodo di giudizio.

Proprio da questa tradizione deriva il principio, tutt'oggi applicabile, che non si può ottenere un rimedio di *equity* se esiste un adeguato rimedio "di legge" cui la persona offesa può ricorrere.

La caratteristica del diritto creato da queste corti era dunque quello di risolvere le questioni rifacendosi ai principi di coscienza, equità e giustizia. Come si è detto i casi tipici in cui le corti di *equity* entravano in gioco era quello in cui nessuna delle parti in lite aveva effettivamente violato una legge esistente (di *statutory law* o *case law*) ma, ciononostante, i loro diritti o richieste erano in conflitto. Un tipico esempio di questione soggetta alla decisione delle *Equity courts* era appunto quella dell'*enforcement* del *trust*. Il *trust*, infatti, derivando proprio dall'antica fiducia romanistica, era quell'accordo in base al quale una persona o una società era investita fiduciarmente della proprietà di un bene di un altro soggetto per gestirlo nell'interesse del beneficiario. La proprietà del bene veniva trasmessa al *trustee*, il quale, in base alla *common law* poteva dunque diporne a suo piacimento, era solo il vincolo fiduciario che gli imponeva di gestirlo nell'interesse del beneficiario, ma la violazione di tale vincolo non costituiva tecnicamente violazione di legge. Per cui, in caso di utilizzo improprio del bene da parte del *trustee*, il beneficiario non poteva lamentare di fronte alle corti di *common law* violazione di alcuna norma di legge, pur essendo comunemente percepito come ingiusto il fatto che il

stata elaborata proprio sulla base dei principi di diritto comune derivanti dalla tradizione ed è proprio a questi principi che oggi, probabilmente, anche l'interprete di *civil law* deve tornare per risolvere questioni che resterebbero altrimenti prive di tutela. In altre parole, così come le corti di *Equity* nel corso dei secoli hanno elaborato il concetto di relazione fiduciaria con riferimento all'istituto del *trust*, per poi farlo divenire concetto generale, applicabile a tutte le fattispecie nelle quali si rinvenivano i caratteri tipici di una relazione fiduciaria e in cui vi fosse l'esigenza di tutelare il fiduciario ⁽⁴²⁾, allo stesso

trustee utilizzasse il bene nel proprio interesse anziché in quello del beneficiario. Ebbene proprio in questo caso entravano in gioco le *equity courts* che erano incaricate appunto di fare giustizia tra le parti rifacendosi ai principi di equità.

Per un'introduzione alla nascita ed allo sviluppo delle *Common law* e *Equity courts* si veda FREDERICK G. KEMPING JR., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, *Nutshell Series*, *West Publishing Company*, St. Paul, Minnesota 1990, p.18 e ss.. Si veda anche C.G. HAZARD E M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, p.22 e ss.

Con esplicito riferimento all'evoluzione del concetto della relazione fiduciaria si veda per tutti E.J. WEINRIB, *The Fiduciary Obligation*, 25 *University of Toronto Law Journal*, (1975), p. 1 e ss., il quale spiega bene come, dalla seconda metà del 1700 ad oggi, l'applicazione degli elevati standard che incombono sul fiduciario, si è estesa dalla sua terra di origine costituita dalla *Law of Trust*, a tutta una serie di altre fattispecie che comprendono tipicamente, i *directors*, i *partners*, gli *agents*, gli *employees* e molte altre. E' interessante soprattutto il passo in cui spiega come l'espansione sia avvenuta secondo il metodo tipico dell'evoluzione dottrinale dei sistemi di *case-law*: attraverso la comparazione tra serie di fatti gli uni con gli altri e la formulazione di una formula generale che raccoglie secondo il giudice la norma morale che sta alla base della disciplina applicabile. Cioè attraverso l'individuazione di un principio base, che risponde ad un principio morale che deve trovare applicazione ogni volta in cui ricorrano delle fattispecie che presentano dei caratteri simili.

Si veda proprio la fine del primo capoverso dell'articolo, in particolare dove si legge: "*This expansion has proceeded in a manner characteristic of doctrinal evolution in a case-law system: the comparison of successive sets of facts with one another and with general formulae that embody, in the judges' view, the appropriate moral norms. Thus the propositions that a fiduciary must not allow his duty to conflict with his interest and must not make profit from his position reverberate through the judgments, dislodging or reallocating improperly acquired gains*".

⁽⁴²⁾ Negli ordinamenti di *Common law* si parla di *fiduciaries* in diverse aree del diritto, ognuna di queste figure si è sviluppata in secoli di evoluzione dei principi giurisprudenziali. Le figure più antiche di *fiduciaries* sono quelle dei *trustees*, degli *administrators* e dei *bailees*, per i quali occorre risalire addirittura al XIII sec.. La figura degli *agents* apparve invece soltanto verso la fine del XVIII sec., mentre nell'ambito del diritto societario di *Fiduciary duties* di *partners*, *corporate directors* e *officers* si iniziò a parlare solo con la nascita e lo sviluppo dei relativi fenomeni societari (nel sistema anglo americano ad es. le *business corporation* risalgono almeno al XVII sec.). E' solo con l'inizio del XX sec. che si riconobbe la qualifica di *Fiduciary* anche al socio di maggioranza nei confronti dei soci di minoranza.

E' infatti proprio nel corso del XX sec. che il concetto di *fiduciary relationships* viene ad essere esteso a dismisura e ad essere applicato ad un numero sempre più ampio di fattispecie, tanto che oggi, la dottrina più recente ha fortemente criticato questo atteggiamento, richiamando l'attenzione dei giudici sui caratteri fondamentali delle relazioni fiduciarie,

modo dottrina e giurisprudenza oggi devono nuovamente attingere al diritto comune per trovare soluzioni adeguate alle nuove fattispecie che nella pratica si presentano.

Il richiamo all'elaborazione svolta dalla dottrina in questi ordinamenti si rivela utile anche perché, proprio in ragione del grande utilizzo che la giurisprudenza ha fatto di questa categoria, gli autori nell'ultimo ventennio hanno cercato di fare ordine nella casistica, elaborando regole e principi generali applicabili alle relazioni fiduciarie rinvenibili in tutti i settori del diritto.

Ma vediamo quali sono questi principi.

In base alle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza si è in presenza di una relazione fiduciaria quando una parte (il fiduciario) si trova ad agire *per conto* di un'altra (il "beneficiario - fiduciante"), curando il bene o l'affare di quest'ultimo con piena *discrezionalità* e in assenza di controllo (43). I caratteri essenziali del rapporto sono, anche in questo caso, da individuare "*nell'agire per conto*" e nella "*discrezionalità*" di gestione che caratterizza l'attività del fiduciario, discrezionalità che viene intesa come un potere di gestione *dell'interesse* del beneficiario non soggetto a limitazione o controllo alcuno. Come ben messo in luce dalla giurisprudenza ciascuno di questi elementi gioca un ruolo fondamentale nel distinguere le relazioni fiduciarie dagli altri tipi di rapporti, ma solo la presenza contemporanea di tutti questi aspetti qualifica il rapporto come fiduciario, determinando l'applicazione dei rigorosi standard dei *Fiduciary Duties*. L'essenza della relazione è data proprio dalla presenza della fiducia del titolare dell'interesse nel soggetto che agisce, da un lato, e dalla corrispondente possibilità di quest'ultimo di abusare della fiducia del primo, dall'altro (44). Del

auspicandone un'applicazione più rigorosa. Sul punto si vedano in particolare tra i contributi più interessanti e recenti D. GORDON SMITH, *The critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 *Vanderbilt Law Review*, (p.) 1399 e ss. 2002; L.E. RIBSTEIN, *The Structure of The Fiduciary Relationship*, November 23, 2003 in www.ribstein.org, ove altri riferimenti

Sui diversi momenti nei quali le singole figure di *fiduciaries* si sono sviluppate si veda T. FRANKEL, *Fiduciary Law*, 71, *California Law Review*, (p.) 795, 1983.

(43) Così, rifacendosi alla comune nozione di *Fiduciary relationships*, v. D. GORDON SMITH, *The critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, op. cit., "[...] *fiduciary relationships form when one party (the "fiduciary") acts on behalf of another party (the "beneficiary") while exercising discretion with respect to a critical resource belonging to the beneficiary.*"

(44) Una efficace ed asciutta definizione dell'essenza del rapporto fiduciario così come comunemente inteso dalle corti nordamericane è fornita dalla *Pennsylvania Supreme Court* nel caso *In re Estate of Scott* dove si legge: "*The concept of a confidential relationship cannot be reduced to a catalogue of specific circumstances, invariably falling to the left or right of a definitional line...[...]. The essence*

resto, se si pone attenzione a quella che è la funzione che le relazioni fiduciarie hanno svolto negli ordinamenti di *common law* ci si accorge che queste sono state sempre utilizzate per fare fronte ad un unico problema, che si poneva in diverse fattispecie: quello di garantire una forma di controllo a coloro che, avendo delegato ad un terzo il potere pressoché illimitato di gestire un proprio bene o affare (o trovandosi di fatto in situazione analoga), si trovavano nell'impossibilità di controllare che la gestione avvenisse effettivamente in loro favore. Alla base della qualifica della relazione come fiduciaria, vi è dunque la *dipendenza* di un soggetto da un altro. L'ampiezza del potere di cui il terzo deve essere investito per poter curare l'interesse del titolare-beneficiario, reca inevitabilmente con sé il rischio che il terzo possa abusare di questo potere a danno del titolare dell'interesse. Il rischio, infatti, è connaturato alla relazione fiduciaria, essa cioè sorge proprio quando il potere delegato (o a disposizione del fiduciario) è amplissimo. La particolare vulnerabilità del titolare dell'interesse - in tutto simile a quella in cui si viene a trovare la parte debole all'interno di un rapporto contrattuale per adesione ad esempio - non deriva però in questo caso dall'esistenza di un diverso potere contrattuale originario tra le due parti, ma è conseguenza naturale del tipo di rapporto cui si è dato vita. È proprio il tipo di relazione che si è instaurata che espone il fiduciante al rischio, anche qualora si tratti di un contraente "sofisticato", informato e molto capace nella contrattazione ⁽⁴⁵⁾. Per questa ragione per qualificare come fiduciaria la relazione che si instaura tra due soggetti si deve fare riferimento alla situazione concreta che risulta dall'accordo, piuttosto che alle rispettive

of such a relationship is trust and reliance on one side, and a corresponding opportunity to abuse that trust for a personal gain on the other?".

⁽⁴⁵⁾ In questi termini T. FRANKEL, *Fiduciary Law*, op. cit. p. 810 e ss., il quale precisa anche, tra le altre cose, che << *The relation may expose the entrustor to risk even if he is sophisticated, informed and able to bargain effectively. Rather, the entrustor's vulnerability stems from the structure and nature of the fiduciary relation. [...Omissis]*.

Fiduciary relations vary by the extent to which each type of fiduciary can abuse of his power to the detriment of the entrustor. The magnitude of the risk of abuse depends on: 1) the purpose for which the parties established the relation, and consequently the nature of power that must be delegated to achieve the parties' purposes; 2) the extent of the powers delegated to the fiduciary; and 3) the availability of protective mechanisms that reduce the probability of abuse.

The role of these factors in determining the risk of abuse can be demonstrated by comparison of different types of fiduciary relations. For example, one of the main purposes for establishing a public corporation is to provide for a centralized management. Consequently, the directors of the corporation should have freedom to make timely decisions without resorting to shareholder approval. On the other hand, employees are usually expected to act only under the employer's control. Therefore, the entrustor-shareholder in a fiduciary relation with a corporate director is much more vulnerable to abuse of power than is the entrustor-employer in his relation with the employee".

posizioni che ciascuna parte aveva prima della sua conclusione. Quando da questo esame risulta appunto che una delle parti si trova alla “mercè” dell’altra, che agendo può incidere sulla sua posizione giuridica senza che la prima possa efficacemente porre in essere alcun controllo, si può parlare di relazione fiduciaria.

L’applicabilità dei *fiduciary duties* è dunque subordinata al fatto che il fiduciario non abbia nessun altro strumento per proteggersi dal rischio di abuso di potere del fiduciario ⁽⁴⁶⁾. In questi casi è lo stesso ordinamento che, constatata l’impossibilità del fiduciante di proteggere direttamente ed in modo soddisfacente i propri interessi, interviene per evitare l’abuso di potere,

⁽⁴⁶⁾ Il concetto è chiarissimo in dottrina e giurisprudenza.

Si vedano per tutti: E. J. WEINRIB, *The Fiduciary Obligation*, 25 *University of Toronto Law Journal*, p.1 e ss, (1975), in particolare p. 5 “... *The fiduciary obligation is the law’s blunt tool for the control of this discretion. Its operation circumvents the need for inquina into the good faith of the agent’s behaviour by concentratine on the possibilità that delegated discretion may be influenced by considerations of personal advantage?*”.

; T. FRANKEL, *Fiduciary Law*, op. cit. p. 811 e ss. <<*If the entrustor can protect himself from the abuse of power, there is non need for the intervention of fiduciary law. If effective protection is not available, however, it becomes necessary to prevent abuse of fiduciary power and to protect the untrustor. Therefore, the need for fiduciary law depends on the extent to which the entrustor can prevent the abuse of power through other legal or social means*>>; D. GORDON SMITH, *The critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55, *Vanderbilt Law Review*, 1399 (2002), in particolare p. 1448 e ss.

Molto interessante sul punto è il contributo di L.E. RIBSTEIN, *The Structure of the Fiduciary Relationship*, op. cit. p. 8 e ss., dove si legge in particolare: <<*Fiduciary duties are a specific type of contractual term, namely a duty of unselfishness, wich applies in the absence of a contrary agreement in the particular case where an “owner” who controls and derives the residual benefit from property delegates openended management power over property to a “manager”. This relationship is referred to throughout the article as the “paradigm” case for fiduciary duties.*

Although others have described fiduciary duties along similar lines, they usually do not clarify why the property manager needs to be constrained by the strong fiduciary duty. In other words, while it is apparent that the property without demanding some protection, it is not clear why the benefits of the particular protection provided for in fiduciary law outweigh the costs. The short answer is that the fiduciary’s discretion cannot readily be constrained by devices other then fiduciary duties without undermining the owner’s objectives in delegating control.

[...]... *fiduciary duties are designed to compensate for the owner’s inability directly to observe, evacuate and discipline the manager’s performance. [...] Accordingly, fiduciary duties are cost-justified only where the owner lacks cheaper methods of monitorino and controlling the fiduciary* >>. Per l’Autore un classico esempio è dato dalla relazione tra management e piccoli azionisti nelle società per azioni “public”, cioè con capitale diffuso tra il pubblico e quella tra il trustee e il beneficiario nel trust. In entrambe queste situazioni il costo che gli interessati dovrebbero sostenere per ottenere le informazioni necessarie per gestire direttamente e controllare giorno per giorno le attività sono tanto elevati, da rendere conveniente appunto il ricorso al giudizio ex post delle corti sull’agire in conflitto di interessi, previsto in caso di applicazione dei fiduciary duties.

rendendo applicabili regole in grado di prevenire i pericoli tipici di queste relazioni ⁽⁴⁷⁾.

E' interessante sottolineare come la *fiduciary relationship* e la disciplina che ne consegue – proprio perché categoria elaborata dalle Corti di *Equity* nel corso dei secoli e dunque emersa dalla pratica - non necessariamente trova fondamento in un contratto o è conseguenza di un'esplicita dichiarazione di volontà delle parti. La relazione fiduciaria ben può nascere da circostanze di fatto che caratterizzano il rapporto, nel quale appunto “di fatto” una delle parti si trovi a fare particolare affidamento sull'altra, la quale dispone di ampia discrezionalità nel gestire l'affare o l'interesse della prima ⁽⁴⁸⁾. Non importa quale sia il settore del diritto nel quale ci si trovi ad operare, né la qualifica che le parti hanno dato al rapporto, né la circostanza che possano non avergliene data alcuna: al ricorrere delle caratteristiche indicate le corti considerano esistente la relazione fiduciaria, dalla quale discende l'applicazione dei principi generali dei *fiduciary duties*, anche quando questi vadano a contrapporsi alla disciplina speciale di settore (sulla quale prevalgono) e senza che le parti possano in alcun modo escluderne l'applicazione ⁽⁴⁹⁾. Per questa ragione si tende a mettere in luce il diverso ruolo che le corti, sulla scia della tradizione, sono chiamate a svolgere in tema di rapporti fiduciari rispetto a quello che comunemente svolgono in ambito contrattuale. Una volta che sia riconosciuta l'esistenza di una relazione fiduciaria, le parti non possono escludere la responsabilità del fiduciario (come ad es. è possibile fare in altri rapporti

⁽⁴⁷⁾ In questi termini ancora T. FRANKEL, op. cit. p. 816 e ss..

⁽⁴⁸⁾ v. *Stone v. Davis*, 419 N.E. 2d 1098 (Ohio 1981) dove si afferma che “...A *fiduciary relationship need not to be created by contract; it may arise out of an informal relationship where both parties understand that a special trust or confidence has been reposed*”.

V. anche Gordon Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 Vand. L. Rev. 1399, October 2002 e altri anche lì citati....

Non a caso la Fiduciary Law ha avuto origine nell'equity dunque dalla prassi, come si è avuto modo di dire.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto si veda ancora T. FRANKEL, op. cit. p. 821 e ss., il quale precisa appunto che quando è appurata l'esistenza di una relazione fiduciaria, la parti non possono escludere il controllo giudiziario sul fiduciario. Non possono escludere con loro pattuizioni ogni intervento del giudice, teso a valutare il comportamento del fiduciario. <<Once a relation is established, however, its classification as fiduciary and its legal consequences are primarily determined by the law rather than the parties. Thus, unlike a party to a contract, a person may find himself in a fiduciary relation without having intended to assume fiduciary obligation>>.

contrattuali), né sottrarre il comportamento del fiduciario al vaglio del giudice, la loro autonomia privata è limitata. L'ordinamento riconosce alle corti un ruolo continuo di supervisione sul rapporto fiduciario, proprio perché queste devono andare alla sostanza del rapporto, verificandone la giustizia e l'equità. Anche nei casi in cui le corti riconoscono alle parti la possibilità di rinunciare in parte alla tutela giudiziaria nell'ambito del rapporto, prevedendo ad es. una preventiva autorizzazione del fiduciario per alcune operazioni, resta sempre il potere delle corti di verificare che il consenso sia stato prestato in modo “*informed and independent*”, vi è sempre dunque la possibilità di un controllo giudiziario sull'ammissibilità dell'accordo. In altri termini, mentre in materia contrattuale il ruolo delle corti è più limitato, non potendo queste entrare nel merito dell'accordo che le parti hanno liberamente stipulato nell'esercizio della loro autonomia privata - a meno che non si riscontrino vizi particolari - nel caso delle *fiduciary relationships* le corti hanno un maggior raggio di azione, potendo entrare nel merito, per valutare la correttezza sostanziale dell'accordo intervenuto tra le parti alla luce dei più rigorosi canoni imposti dai *fiduciary duties*, che richiedono al fiduciario di agire sempre con lealtà e competenza, nel miglior interesse del fiduciante⁽⁵⁰⁾. Va infatti ricordato che i *fiduciary duties* si situano ad un livello molto più elevato degli ordinari standard della buona fede e correttezza che caratterizzano l'agire nei rapporti contrattuali e commerciali, non basta l'onestà del fiduciario ma serve il “*punctilio of honor*” come grado più sensibile dello standard di comportamento⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ Come noto, infatti, la relazione fiduciaria fa sorgere un'obbligazione vera e propria solo in capo al fiduciario ed è proprio il rispetto di quest'obbligazione che le corti sono chiamate a verificare.

Un esempio tipico di materia nel quale le corti tollerano l'accordo tra i privati, pur mantenendo il potere di controllo è quello delle clausole statutarie che le parti possono inserire negli statuti delle *Corporations* per autorizzare preventivamente alcune operazioni dei *directors*. In questo settore, infatti, sebbene le corti abbiano riconosciuto che le clausole statutarie che consentano ai *directors* operazioni di *self-dealing* non siano nulle di per sé, hanno sempre ribadito che ciò non esclude la possibilità, ed anzi spesso la necessità, di controllare successivamente l'effettiva validità dell'operazione posta in essere.

Cfr. T. FRANKEL, cit. p. 822 e MARSH, *Are Directors Trustees?*, 22, *Bus. Law.*, 35, 43-48 (1966).

⁽⁵¹⁾ La definizione giudiziaria forse più famosa nella tradizione nordamericana dei *fiduciary duties* è quella utilizzata dal giudice Cardoso nel caso *Meinhard v. Salmon* 164, N.E. 545 (N.Y. 1928), dove appunto si legge: “*Joint adventures, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate.*”

Ed è proprio il rispetto di questo elevato standard che le corti sono chiamate a garantire, una volta che sia appurata la natura fiduciaria del rapporto. E' come se le corti fossero investite direttamente dell'interesse del fiduciante, nel compiere questa verifica. Di conseguenza ad una maggiore discrezionalità del fiduciario, corrisponderà una maggiore possibilità di intervento del giudice chiamato a tutelare l'interesse del fiduciante. Il loro potere è inversamente proporzionale alla discrezionalità del fiduciario: più questo è libero di agire (dunque maggiore è il rischio di abuso) \maggiore sarà la possibilità di intervento del giudice a tutela del fiduciario ⁽⁵²⁾.

9. Segue. Le tecniche di controllo che operano in presenza dei fiduciary duties. Cenni ai sistemi di regolamentazione non giudiziarie ed ai principi sui quali si fonda l'intervento delle corti: (a) la prevenzione dei conflitti di interesse;(b) l'elaborazione di regole di accountability del fiduciario, con attribuzione di poteri di azione al fiduciante; (c) il rafforzamento degli strumenti di controllo costante (monitoring) del fiduciante sul fiduciario; (d) lo shifting dei property rights; (e) gli elevati standard di moralità che gravano sul fiduciario.

Gli ordinamenti di *Common law*, dunque, preso atto dell'impossibilità del fiduciante di prevenire i rischi di abuso del fiduciario, intervengono garantendo delle forme di controllo alternative.

La regola, come anticipato, è costituita da un controllo giudiziario *ex post*, diretto a valutare la sostanziale correttezza e giustizia dell'operato del fiduciario, a questo, in alcuni settori, si può aggiungere, quale ulteriore sistema

Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the "disintegrating erosion" of particular exceptions. Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgement of this court".

Sul punto si vedano anche i riferimenti alla definizione ed i commenti di L.E. RIBSTEIN, *The Structure of the Fiduciary Relationship*, cit., p.3 e ss.

⁽⁵²⁾ *"Judicial supervision of a fiduciary's conduct differs from the role of the courts in contract and status relations. In contract relations, courts rarely interfere in the private ordering to which the parties have agreed, except that the courts will not enforce agreements they perceive to be unconscionable. [...]. In cotrat, courts will intervene in the fiduciary relation by requiring the fiduciary to act with loyalty ans skill, in the entrustor's best interests. In addition to asserting the power to supervise the fiduciary, courts also assert the power to interpret the delegated powers of fiduciaries and the purpose of the delegation. As the amount of delegated power or the length of the relation increases, judicial intervention also increases";* così T. FRANKEL, op. cit. p. 823 e ss..

di controllo, la regolamentazione da parte di agenzie governative. E' evidente che questa ulteriore forma di tutela presuppone da parte dell'ordinamento l'assunzione dell'interesse in gioco come rilevante, anche se è opportuno sottolineare che il tipo di tutela apprestata non necessariamente deve seguire criteri pubblicistici, ben potendo essere apprestata seguendo principi privatistici (si pensi ad esempio per tutti alla funzione che oggi svolge l'agenzia federale di controllo sulle società con azioni quotate nei mercati regolamentari negli USA, la SEC)⁽⁵³⁾.

Fatta questa premessa, partiamo dalla "regola". Trattandosi di un controllo *ex post*, svolto dalle corti giudicando caso per caso, è utile cercare di individuare quali sono i principi generali cui i giudici si sono costantemente ispirati per scoraggiare e scoprire gli abusi di potere del fiduciario, quei principi che appunto oggi costituiscono la base della disciplina delle *fiduciary relationships* e dei *fiduciary duties*.

La dottrina che ha tentato di elaborare ed ordinare i principi utilizzati dalla giurisprudenza è solita individuare *cinque linee di intervento* costanti attraverso le quali si sono mossi i giudici: (a) l'elaborazione di principi volti a *prevenire i conflitti di interesse*; (b) l'elaborazione di regole di *accountability* del fiduciario con conseguente attribuzione al fiduciante della *legittimazione ad agire, anche in assenza di esplicita previsione*; (c) il *rafforzamento degli strumenti di controllo costante (monitoring) del fiduciante sul fiduciario*; (d) il *trasferimento dei diritti di proprietà*, e della relativa legittimazione ad agire in giudizio, *dal fiduciario al fiduciante* (lo *shifting of the property rights*); (e) l'imposizione di *elevati standard di moralità sul fiduciario* ⁽⁵⁴⁾.

(a) La prima linea di intervento è quella diretta a *prevenire conflitti di interesse*, dunque quella volta a garantire che il fiduciario non utilizzi i poteri di cui dispone per perseguire interessi diversi da quelli del fiduciante. E' questo uno dei principali campi sui quali è intervenuta la *fiduciary law*, dettando regole dirette a prevenire e scoraggiare ogni abuso del fiduciario.

In particolare, le corti sono intervenute in tre modi:

⁽⁵³⁾ Spiegare in sintesi che tipo di intervento svolge la SEC, ripristino condizioni affinché gli strumenti privatistici possano operare....

Altre agenzie intervento di tipo più pubblicistico..(Banche?)...

⁽⁵⁴⁾ La rielaborazione dei diversi strumenti di controllo giudiziario *ex post*, in cinque principali linee di intervento, è suggerita da T. FRANKEL, op. cit.

- in primo luogo elaborando norme dirette a proibire del tutto o a sottoporre a controllo, secondo i casi, ogni operazione di *self-dealing* del fiduciario;
- in secondo luogo, procedendo loro stesse alla revoca del fiduciario sleale, in luogo del fiduciante, quando questi non possa provvedervi direttamente, in considerazione del rapporto in essere ⁽⁵⁵⁾;
- e, da ultimo, facendo operare una sorta di presunzione di affidamento totale del fiduciante sul fiduciario, che fa scattare un'inversione dell'onere della prova, in virtù della quale spetterà al fiduciario dimostrare che l'operazione di *self dealing*, da quest'ultimo posta in essere, non costituisce violazione dei propri doveri ⁽⁵⁶⁾.

Naturalmente considerato che, come si è detto, i poteri di intervento dei giudici aumentano all'aumentare della discrezionalità e dunque del potere di abuso del fiduciario, le regole dettate nei singoli casi possono essere più o meno rigide a seconda del grado di autonomia del fiduciario. E' interessante fare riferimento ad alcuni casi concreti.

Con riferimento alle limitazioni nel *self-dealing*, ad esempio, relativamente al *trust*, in cui il livello di discrezionalità del fiduciario è massimo, sono regole oramai acquisite: quella in base alla quale il *trustee* non può essere controparte in operazioni di acquisto o vendita che abbiano ad oggetto i beni in trust, senza un esplicito consenso *informato ed indipendente* del beneficiario ⁽⁵⁷⁾; quella secondo la quale, in assenza di questo consenso, le corti non hanno alcun potere di autorizzare l'operazione di *self-dealing* ⁽⁵⁸⁾; nonché quella

⁽⁵⁵⁾ E' pacifico, ad esempio, che le corti possano rimuovere il *trustee*, qualora la sua inadeguatezza ad amministrare il *trust* sia provata da comportamenti disonesti (cfr. per tutti A. SCOTT, *The Law of Trusts*, 3d ed. 1967, § 197).

⁽⁵⁶⁾ E' proprio l'applicazione di questa regola uno degli aspetti che distingue le relazioni confidenziali dalle relazioni fiduciarie, soltanto in quest'ultime infatti si presume esistere quell'affidamento che legittima l'inversione dell'onere della prova. L'esistenza delle circostanze che abbiamo indicato dare luogo ad una relazione fiduciaria, in altri termini, autorizzano il giudice a presumere che una parte si sia affidata completamente all'altra, senza richiedere che ciò venga realmente provato, si dà per presupposto. Sarà a quel punto il fiduciario a dover provare di aver agito correttamente e di non aver violato quell'elevato grado di lealtà che la relazione fiduciaria gli impone.

⁽⁵⁷⁾ V. per tutti A. SCOTT, *The Law of Trusts*, 3° ed. 1967, § 170 e ss.

⁽⁵⁸⁾ V. ad es. *Clay v. Thomas*, 178, Ky. 199, 206, 198 S.W. 762, 765 (1917).

secondo la quale tale divieto assoluto permane anche nel caso in cui l'operazione si prospetti come economicamente conveniente per il beneficiario (59). In ambito societario, invece - nel quale evidentemente si ritiene vi sia un grado di discrezionalità inferiore - la giurisprudenza non ha fissato un divieto assoluto di *self-dealing* per *i directors*, i quali possono operare come controparti della società purché abbiano ottenuto il consenso informato degli altri *directors* ed azionisti disinteressati all'affare (60). Resta ferma, comunque, anche in questi casi la possibilità delle corti di verificare la correttezza dell'operazione in concreto posta in essere, nonché l'eventualità che il consenso non possa essere validamente rilasciato da alcun *directors* o azionista disinteressato. Una regola simile, ma di rigore ancora minore è applicata nel rapporto di *agency*, con riferimento al quale si è affermato che l'*agent* può agire come controparte del *principal*, purché quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso. A questo principio si accompagna comunque, l'obbligo dell'*agent* di agire con correttezza e di comunicare al *principal* tutte le informazioni rilevanti ai fini dell'operazione (61).

Prima di passare oltre, è bene segnalare che delle tre regole applicate dalle corti per prevenire e scoprire operazioni in conflitto di interesse, quella che forse, dal punto di vista operativo, riveste maggiore importanza ai fini della concreta sanzionabilità del comportamento scorretto del fiduciario è quella processuale dell'inversione dell'onere della prova. Infatti, in assenza di questa regola, spesso può rivelarsi molto difficile per il fiduciante "tradito" dimostrare la scorrettezza dell'operato del fiduciario ed ottenere dunque giudizialmente il risarcimento del danno causato, vuoi per mancanza di mezzi per valutare la correttezza delle operazioni poste in essere, vuoi per la difficoltà di procurarsi le prove della violazione perpetrata dal fiduciario. Come si avrà modo di sottolineare più avanti, questa regola si pone come corollario dell'elevato standard di lealtà imposto al fiduciario, che deve agire nell'esclusivo interesse del fiduciante. La relazione fiduciaria fa presumere che il fiduciante sia completamente in balia del fiduciario, il quale si trova a gestire in assoluta autonomia l'affare nell'interesse dell'altro, risponde dunque ad un generale

(59) Cfr. *Aberdeen Ry. Co. v. Blakie*, 1, *Maqu. H.L.* 461, 472 (Scotland 1854) citata con approvazione in *Pacific Vinegar & Pickle Word v. Smith*, 145, *Cal.* 352, 365, 78 P. 550, 554 (1904).

(60) Si veda in proposito quanto prevede la normativa del Delaware, *Del Code Ann.* Tit.8, § 144(a) (1974)

(61) *RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY*, § 118 (1957).

criterio di giustizia ed equità che, in presenza di sintomi di operazioni svolte in conflitto di interessi, spetti al fiduciario dimostrarne al contrario la correttezza.

(b) La seconda linea di intervento è quella diretta a fissare delle regole di *accountability* del fiduciario e dunque ad attribuire al *fiduciante* i conseguenti poteri di azione contro il *fiduciario*, anche in assenza di esplicite previsioni contrattuali.

E' questa quella che abbiamo definito la peculiarità del concetto di relazione fiduciaria elaborata dalle corti di *Equity*, in virtù della quale appunto, al ricorrere delle caratteristiche indicate come essenziali, il rapporto viene qualificato come fiduciario, con la conseguente imposizione dei *fiduciary duties* sul fiduciario e l'attribuzione del relativo potere di azione al fiduciante, a prescindere da ogni diverso o ulteriore accordo tra le parti. La *Fiduciary Law*, come si è detto, va in questi casi a riempire l'eventuale "vuoto di previsione" delle parti ed impone il rispetto dei *fiduciary duties* anche nell'ambito di quei rapporti nei quali le parti nulla avevano disposto. E' proprio in applicazione di questo principio che: il *trustee* è tenuto a rispettare i termini del trust, e ad agire nell'interesse del beneficiario, anche se quest'ultimo non è parte del rapporto contrattuale; e il beneficiario ha azione di risarcimento contro il trustee, in ogni caso di diminuzione di valore dei beni in *trust* anche in di comportamento negligente (62).

Anche in questo caso, naturalmente, l'estensione degli obblighi e della responsabilità del fiduciario varia al variare della discrezionalità e dunque delle possibilità di abuso che questi ha nell'ambito del rapporto. Per portare nuovamente ad esempio le due fattispecie tipiche del trust e della corporation, la responsabilità sarà maggiore per il *trustee* piuttosto che per il *corporate director*, perché appunto il beneficiario nel *trust* non ha alcuno strumento di controllo diretto o indiretto sul *trustee* ed è "intrappolato" nel rapporto, mentre i soci della *corporation*, di regola, possono revocare i *directors* o vendere le proprie azioni qualora non siano soddisfatti dell'operato degli amministratori.

Un altro strumento indiretto spesso utilizzato dalle corti per garantire la *accountability* del fiduciario, è quello di individuare degli standard di comportamento cui il fiduciario si deve attenere nell'esercizio della sua funzione, fissando ad esempio dei criteri di diligenza, in modo tale da rendere più evidente la violazione dei *fiduciary duties*. Questo sistema però si scontra con l'esigenza, che abbiamo visto implicita nelle relazioni fiduciarie, di lasciare

(62) cfr. di Frankel cit. e Scott , cit., v. nota 1 §201.

ampi margini di discrezionalità al fiduciario per il compimento dell'operazione in questione. Di conseguenza non sempre è possibile fissare preventivamente degli schemi standard entro i quali il fiduciario deve agire, senza frustrare lo scopo stesso della relazione fiduciaria. In tema di società, ad esempio, questa possibilità si scontra con la *business judgement rule*, cioè con il limite che incontrano le corti di entrare nel merito della scelta gestionale dagli amministratori.

(c) Altro strumento spesso utilizzato dalle Corti è quello del *rafforzamento* di tutti quei *mezzi* volti a garantire almeno in parte un *controllo costante del fiduciante sul fiduciario*.

Rientrano in questa categoria tutte quelle regole che attribuiscono al fiduciante il diritto di ottenere informazioni nel corso dello svolgimento dell'attività del fiduciario o che impongono a quest'ultimo l'obbligo di registrare e di fornire periodicamente un rendiconto anche contabile di tutta l'attività svolta. La portata di questo strumento è però limitata. E' evidente infatti che queste tecniche di monitoraggio sono efficaci soltanto nei casi in cui il fiduciante sia in grado di comprendere ed interpretare le informazioni fornite, mentre restano prive di incisività nei casi in cui il fiduciante non sia esperto nel settore e dunque non sia in alcun modo in grado di valutare la portata delle informazioni ricevute ovvero non sia in grado di reagire.

(d) Altra via di intervento tipica delle corti di *Equity* per garantire la posizione del fiduciante, è quella del trasferimento a quest'ultimo dei poteri derivanti dalla proprietà affidata al fiduciario. Si è detto, infatti, che di regola nelle relazioni fiduciarie il fiduciario si trova ad avere un diritto pressoché assoluto sul bene che deve gestire, risultandone nella sostanza il proprietario. Il fiduciante dunque a rigore non ha alcun potere diretto sul bene, che come si è detto è nella totale disponibilità del fiduciario. Ebbene, uno dei rimedi apprestati dalla giurisprudenza è quello di fare sì che, una volta accertata la presenza di un rapporto fiduciario, la legge garantisca al fiduciante la possibilità di esercitare tutti i poteri che discendono dalla proprietà del bene affidato in gestione al fiduciario, lasciando a quest'ultimo la sola titolarità formale del bene. Questa operazione consente al fiduciante di rivolgersi alle corti a tutela del proprio diritto per fare sì che queste possano controllare l'operato del fiduciario, senza però privare quest'ultimo del potere di agire, poiché in quanto

titolare formale della proprietà del bene, questo per legge seguita a poterne disporre (63).

(e) Fa da sfondo a tutti gli altri strumenti indicati l'elevato standard di moralità che le corti impongono al fiduciario, in considerazione dello scopo "altruistico" che è alla base del rapporto. Non va dimenticato, infatti, che al di là delle caratteristiche che oggi le diverse figure di fiduciario possono aver assunto nei diversi ordinamenti, all'origine della relazione fiduciaria non vi è un rapporto di scambio ma un'istanza altruistica: la relazione fiduciaria era infatti in origine a carattere gratuito.

Pur nell'evoluzione subita, la relazione fiduciaria ha mantenuto, con riferimento all'obbligazione del fiduciario, questo carattere altruistico che gli impone di agire nell'esclusivo interesse del fiduciante, nel rispetto del più elevato grado di lealtà ipotizzabile: non la semplice correttezza e buona fede richiesta nei comuni rapporti contrattuali, ma appunto il "*punctilio of honour*". La legge, infatti, non impone al fiduciario di essere tale, cioè questi è libero di entrare o meno in un rapporto di tipo fiduciario, però, una volta che vi è entrato e che dunque ha accettato di trovarsi in quella posizione di "supremazia" nei confronti dell'altra parte che gli si è affidata, ne deve accettare tutte le conseguenze, prima fra tutte l'obbligo di agire nell'esclusivo interesse del fiduciante. L'affermazione di questo principio consente dunque alle corti di andare a valutare bene, caso per caso, se il fiduciario abbia rispettato o meno questo canone generale di moralità, la cui individuazione peraltro è lasciata alla valutazione ultima della corte. Il giudice cioè non è affatto vincolato a far riferimento a quelli che sono le aspettative delle parti o gli usi in vigore in quel particolare settore professionale, certamente vi farà riferimento, ma la valutazione ultima circa la sostanziale correttezza e lealtà dell'operato del fiduciario è rimessa esclusivamente a lui.

(63) In buona sostanza <<Trough the trust technique, the courts shift the entitlements to any type of property from the ostensible legal owner (the fiduciary) to another (the entrustor), without destroying the legality of the original transfer of the property. Maintaining the fiduciary as nominal owner of the property (power) enables him to deal with the property effectively because he can act as the property owner towards the outside world, preserving certainty as to the identity of the owner. At the same time, the arrangement permits another person to be the "real owner" of the property, enjoying its benefits and bearing the burden of its loss. This arrangement facilitates the dealing in property by fiduciaries who are doing non more than substituting for entrustors", in questi termini T. FRANKEL, op. cit. p.828 e ss. e nota 114.

10. *Primi spunti per l'interprete: la centralità della regola del divieto di agire in conflitti di interessi e dei meccanismi volti a prevenire e a sanzionare la violazione di tale principio.*

Il rapido excursus svolto - partendo dalle origini delle relazioni fiduciarie e passando per le sofisticate elaborazioni delle corti di *Equity* dei sistemi di *common law* - ci consente di trarre le prime conclusioni con riferimento a quelli che sono i principi di diritto comune che regolano (e dovrebbero regolare) ogni relazione fiduciaria e dunque ogni amministrazione posta in essere nell'interesse altrui.

In estrema sintesi ciò che emerge con chiarezza è la centralità del principio del divieto di agire in conflitto in interessi e di tutte le regole volte a prevenire ed a sanzionare eventuali comportamenti posti in essere in violazione di tale principio.

In particolare, volendo in questa sede limitarsi a trarre i primi spunti utili per un'applicazione dei principi di diritto comune nel nostro ordinamento, sembra che le linee guida che dovrebbero ispirare sia l'interprete che si trovi a valutare il comportamento del fiduciario, sia il legislatore che, *de iure condendo*, voglia intervenire per tutelare il fiduciante (o chiunque si trovi in posizione analoga, come appunto in tutti i casi di amministrazione di affare altrui) siano:

- i.* la concreta applicazione (ed il rafforzamento) del divieto di agire in conflitto di interesse;
- ii.* la garanzia di meccanismi di adeguata informazione e rendicontazione da parte del fiduciario;
- iii.* l'individuazione di regole idonee a garantire l'inversione dell'onere della prova in caso di operazioni che presentino i sintomi della sussistenza di un conflitto di interessi, in modo tale che spetti al fiduciario dimostrarne la correttezza;
- iv.* la predisposizione di adeguato controlli giudiziari *ex post* diretti a valutare la sostanziale correttezza e giustizia dell'operato del fiduciario ed a garantire il risarcimento del danno per i casi di violazione.