

Alessandro Torroni - Federico Gasparinetti

**LA FORMA DEL *PACTUM
FIDUCIAE* IN UN NEGOZIO
FIDUCIARIO AVENTE AD
OGGETTO DIRITTI REALI SU BENI
IMMOBILI: BASTA LA PAROLA?**

Estratto

CASSAZIONE

Sez. Un. , 6 marzo 2020, n. 6459

Pres. Spirito — Rel. Giusti

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Patto fiduciario con oggetto immobiliare - Forma scritta *ad substantiam* - Necessità - Insussistenza.

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Dichiarazione unilaterale del fiduciario ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante - Natura - Promessa di pagamento - Effetti.

930

*Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario (1).*

*La dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1888 c.c., una astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria (2).*

FATTI DI CAUSA. — 1. D.B., con atto di citazione notificato il 16 luglio 2002, convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Frattamaggiore, il fratello A. e la di lui coniuge, P.P., e M.V., vedova di un altro fratello, deducendo che in data 18 giugno 1984 D.A. e M.V. avevano con denaro di esso esponente acquistato da un terzo, per porzioni

separate e per parti comuni, il primo in comunione legale con la moglie, un compendio immobiliare in L'attore deduceva che tra le parti in causa si era concordato che i beni oggetto della compravendita sarebbero stati trasferiti a lui, vero *dominus* dell'affare, o ad altra persona da lui indicata. A riprova di quanto affermato, produceva due scritture private a firma di

P.P. e di M.V., del medesimo tenore, entrambe del 28 marzo 2002, nelle quali le scriventi davano atto che il vero proprietario del fabbricato era D.B. e si impegnavano al trasferimento, a semplice richiesta, in favore del D.B. o di persona da lui indicata. Lamentando che i convenuti non avevano onorato il patto fiduciario, chiese accertarsi e dichiararsi la loro interposizione reale nella intestazione degli immobili descritti in citazione, con contestuale emissione di sentenza di trasferimento in proprio favore.

I convenuti si costituirono in giudizio, resistendo.

Nel corso del processo di primo grado la lite venne transatta tra l'attore e i convenuti D.A. e P.P., con trasferimento, senza corrispettivo, degli immobili oggetto di causa (ed a questi ultimi intestati) in capo all'attore e contestuale riconoscimento, in favore dei convenuti predetti, dell'importo di Euro 25.000 a fronte di spese e miglioramenti dagli stessi sostenute ed eseguiti.

Quanto al rapporto tra D.B. e M.V., la domanda venne accolta dall'adito Tribunale che, con sentenza n. 13 in data 11 gennaio 2008, dichiarata l'interposizione reale della M.V., dispose il trasferimento dei beni immobili alla stessa formalmente intestati in favore dell'attore (o di persona da nominare ad opera dello stesso).

Il Tribunale rilevò:

che i fatti posti a fondamento della domanda proposta nei confronti della M.V. avevano trovato ampia conferma sia nell'istruttoria espletata nel corso del giudizio, sia nella documentazione prodotta in atti;

che, in particolare, con la dichiarazione in data 28 marzo 2002 la M.V. aveva riconosciuto che il cognato D.B. era l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in ..., intestato alla stessa dichiarante e ad D.A. in forza dell'atto per notaio ... del ..., e che l'attore aveva versato tutte le relative tasse e spese, e nel contempo si era impegnata a ritrasferire detto complesso immobiliare a semplice

richiesta di D.B., affinché quest'ultimo lo intestasse a lui o a persona da designare.

Il primo giudice richiamò inoltre il principio secondo cui il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento tra due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno ed obbligatorio, pure effettivamente voluto, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio. Osservò quindi che l'esistenza del negozio fiduciario ben può ritenersi nella scrittura privata con la quale l'acquirente di un immobile, riconoscendo la natura fiduciaria dell'intestazione e, conseguentemente, la relativa proprietà a favore di un terzo, assume contestualmente l'obbligo di trasferirgli il diritto; e rilevò che ciò era quello che era avvenuto nel caso di specie tra la M.V. e il cognato, risultando l'esistenza della interposizione reale dimostrata dalle espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002.

2. La Corte d'appello di Napoli, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria del 17 aprile 2014, ha confermato la pronuncia di primo grado, rigettando il gravame della M.V.

La Corte territoriale ha premesso che il negozio fiduciario, richiedendo la forma scritta *ad substantiam*, è nullo quando manchi tale requisito, e che se dunque realmente vi fu, tra le parti in causa, all'epoca della stipula della compravendita, un accordo fiduciario per il trasferimento dell'immobile in capo a D.B., questo è da dichiararsi nullo per difetto di forma.

La Corte partenopea ha poi esaminato la scrittura privata in data 28 marzo 2002 a firma della M.V., del seguente tenore: «Io sottoscritta M.V. in D., nata a ..., riconosco che mio cognato D.B. è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in ..., alle vie ..., nel suo attuale stato intestato a mio cognato D. A. ed a me medesima, giusta atto del notaio ... del ..., ma acquistato e poi completato dallo stesso

CASSAZIONE

D.B.. Riconosco che mio cognato D.B. mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. M'impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata».

In particolare la Corte di Napoli — esclusa la possibilità di annettere rilevanza giuridica al riconoscimento del cognato quale unico proprietario dell'immobile in contestazione; assegnata valenza confessoria al riconoscimento che il cognato aveva completato il fabbricato e versato tutte le tasse e spese; e collocato sul piano volitivo, piuttosto che su quello ricognitivo, l'ultimo inciso, contenente l'impegno di trasferimento — ha osservato quanto segue:

— l'operazione posta in essere dalle parti, sia pure non contestuale e frazionata nel tempo, consta di un negozio di compravendita in cui è acquirente M.V. e di una scrittura unilaterale con cui la M.V. si impegna a ritrasferire il bene acquistato al cognato D.B.;

— tale impegno non costituisce un negozio autonomo ma è un elemento dell'operazione fiduciaria;

— il collegamento negoziale, connesso al negozio fiduciario, sostanzialmente sussiste tra l'atto di compravendita del 1984 e la scrittura privata del 2002;

— a tale ricostruzione non sono di ostacolo nè il lungo lasso temporale tra i due atti, non essendo richiesta la contestualità tra i due negozi, nè la unilateralità della scrittura, e neppure che non sia intervenuta un'accettazione formale, atteso che la produzione in giudizio del documento con la dichiarata intenzione di valersene equivale ad accettazione.

In definitiva, secondo la Corte partenopea, l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario.

3. Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello M.V. ha proposto ricorso, affidato a quattro motivi, illustrati con memorie.

Ha resistito, con controricorso, D.B.. Anch'egli ha depositato memorie.

4. I motivi di ricorso possono essere così compendati.

Con il primo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 1325 c.c., comma 1, n. 2, artt. 1418, 1324 e 2697 c.c., nonché dell'art. 115 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4) la M. si duole delle conclusioni cui è giunta la Corte di Appello in ordine alla natura ed efficacia della scrittura del 28 marzo 2002, quale valido titolo sotteso all'obbligo di trasferimento riconosciuto esistente in capo ad essa ricorrente. La sentenza impugnata — dopo avere riconosciuto che il patto fiduciario, equiparato al contratto preliminare, avrebbe dovuto rivestire, a pena di nullità, la forma scritta e che, poichè tale forma non risultava essere stata rispettata, il patto non poteva che essere nullo; e dopo avere chiarito che l'atto ricognitivo, avente valore confessorio, non era idoneo a provare la proprietà sui beni immobili — avrebbe finito con il compiere un salto logico, per avere assegnato, alla parte della scrittura in cui l'intestatataria si impegna a trasferire l'immobile a semplice richiesta a D.B. o a persona da lui indicata, il valore di una dichiarazione negoziale unilaterale, senza avvedersi che di un tale negozio mancava la causa giuridica, che non avrebbe potuto essere identificata nell'esistenza di un previo (cioè anteriore all'acquisto) patto fiduciario, esistenza che la stessa Corte territoriale aveva prima negato. Secondo la ricorrente, l'onere di provare la sussistenza dell'accordo fiduciario a giustificazione causale dell'atto negoziale bilaterale spettava a D.B., avendo egli richiesto, *ex art. 2932 c.c.*, una pronuncia costitutiva del trasferimento immobiliare oggetto del suddetto atto negoziale bilaterale.

Con il secondo motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 1174 e 1346 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3) si lamenta la nullità della scrittura del 28

marzo 2002 per carenza di elemento causale e, in ogni caso, per non contenere essa la specifica ed analitica descrizione degli immobili da trasferire. Sostiene la ricorrente che quando, come nel caso di specie, non sussista un sottostante accordo fiduciario tra le parti, non potrebbe riconoscersi validità ed efficacia all'atto unilaterale contenente l'impegno a trasferire l'immobile; sottolinea, poi, che la scrittura a firma della M.V. risulterebbe priva del requisito essenziale consistente nella indicazione precisa dei confini e dei dati catastali relativi agli immobili oggetto dell'impegno a trasferire. Inoltre, la scrittura in questione, contenente l'assunzione dell'impegno generico a trasferire la propria quota, anziché le specifiche e individuate porzioni immobiliari di pertinenza esclusiva della M.V., sarebbe inidonea a costituire valida fonte dell'obbligazione a trasferire per carenza assoluta del requisito della specifica determinazione della prestazione oggetto dell'impegno così formalmente dichiarato.

Il terzo motivo (omesso esame circa un fatto decisivo ai fini del giudizio che è stato oggetto di disamina tra le parti, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) concerne la censura di completa pretermissione, ad opera della Corte territoriale, della valenza probatoria di un'altra dichiarazione unilaterale, del 22 marzo 2002, con cui il D.B. dichiarava di aver versato al fratello D.A. (il quale si era assunto l'obbligo di ripartire la somma in parti uguali con gli altri fratelli, G., marito della M., e R.) l'ammontare degli affitti indebitamente percepiti dall'ottobre 1988 al febbraio 2002 dagli inquilini del fabbricato di Deduce la ricorrente che un tale documento, più volte segnalato, nel contraddittorio, all'esame del giudice, ove esaminato, avrebbe smentito la presupposta esistenza di un accordo fiduciario.

Sotto la rubrica «violazione o falsa applicazione del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, nonchè dell'art. 2932 c.c., in riferimento

all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4», il quarto motivo censura l'avvenuto trasferimento operato dal giudice del merito senza la indicazione degli estremi della licenza edilizia e/o della concessione edilizia ad edificare legittimante la realizzazione dei beni oggetto della sentenza costitutiva. Sostiene la ricorrente: che nell'atto del 1984, al momento dell'acquisto effettuato dalla M.V. e dal cognato A., il compendio compravenduto era costituito dal terreno e dal sovrastante edificio al rustico, realizzato con licenza del 1973 e successive varianti del 1975; che quando fu stipulato l'atto di compravendita i titoli edilizi erano ampiamente decaduti; che le successive opere di edificazione — che avevano consentito, tra l'altro, le suddivisioni interne e tutto quanto necessario alla ultimazione delle diverse unità residenziali, poi accatastate in proprietà esclusiva della M.V. e del cognato A. — necessitavano inderogabilmente di una nuova concessione edilizia finalizzata a legittimare l'esecuzione di tutte le opere di completamento. Ad avviso della ricorrente, il trasferimento giudiziale non avrebbe potuto essere disposto senza l'esatta indicazione dei titoli edificatori.

5. Fissata originariamente l'adunanza camerale e disposta, all'esito di questa, la rimessione della trattazione alla pubblica udienza, la Seconda Sezione di questa Corte, con ordinanza interlocutoria 5 agosto 2019, n. 20934, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite al fine di risolvere il contrasto di giurisprudenza sulla questione, sollevata con il primo motivo di impugnazione, concernente la forma dell'impegno di trasferimento assunto dal fiduciario.

L'ordinanza di rimessione segnala che ad un orientamento di gran lunga prevalente che richiede per il negozio fiduciario, ove involga diritti immobiliari, la forma scritta a pena di nullità, si è andato da ultimo contrapponendo un indirizzo che ritiene sufficiente, a fronte di un *pactum*

CASSAZIONE

fiduciae concluso oralmente, una dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna, in maniera attuale e precisa, a trasferire al fiduciante (ovvero ad un terzo da questo indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di detto precedente accordo fiduciario, dichiarazione che, nel realizzare la conservazione del preesistente rapporto, costituirebbe autonoma fonte di obbligazione per il soggetto che la sottoscrive, suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, purché contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali.

Il più recente indirizzo, ad avviso del Collegio rimettente, presterebbe il fianco ad alcune critiche: in primo luogo perché il patto fiduciario, ove incida su diritti reali immobiliari, non potrebbe sfuggire alla forma scritta; in secondo luogo perché la dichiarazione unilaterale del fiduciario non potrebbe avere funzione ricognitiva retrospettiva e ancor meno ridursi alla confessione di un diritto reale altrui, dovendo «apparire, e nitidamente, attraverso il compiuto esame della vicenda fattuale (nel quale anche il dato temporale assume un significato niente affatto secondario), il precipitato della causa fiduciaria concreta».

6. Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

7. Nell'udienza di discussione il pubblico ministero — nel concludere per il rigetto dei primi due motivi di ricorso e per la rimessione alla Sezione semplice dell'esame degli ulteriori motivi — ha chiesto che, a composizione del contrasto di giurisprudenza, sia enunciato il principio di diritto nel senso che la dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri diritti di proprietà su immobili esattamente individuati in esecuzione di un patto fiduciario non scritto costituisce legittima ed autonoma

fonte di obbligazioni suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

DIRITTO. — RAGIONI DELLA DECISIONE.

— 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare. Premesso che il patto fiduciario dà luogo ad un assetto di rapporti sul piano obbligatorio in forza del quale il fiduciario è tenuto verso il fiduciante a tenere una certa condotta nell'esercizio del diritto fiduciarmente acquistato, ivi compreso il ritrasferimento del diritto al fiduciante o a un terzo da lui designato, l'interrogativo sollevato dall'ordinanza interlocutoria è se possa ritenersi rispettato il requisito della forma scritta del patto fiduciario coinvolgente diritti reali immobiliari da una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che risulti espressione della causa fiduciaria esistente in concreto, pur se espressa verbalmente tra fiduciante e fiduciario; più in particolare, se valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire sia soltanto un atto bilaterale e scritto, coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti.

2. Si impongono, preliminarmente, alcune premesse di inquadramento.

3. Il fenomeno fiduciario consiste in una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato. Attraverso il negozio fiduciario la proprietà del bene viene trasferita da un soggetto a un altro con l'intesa che il se-

condo, dopo essersene servito per un determinato scopo, lo ritrasferisca al fiduciante, oppure il bene viene acquistato dal fiduciario con denaro fornito dal fiduciante, al quale, secondo l'accordo, il bene stesso dovrà essere, in un tempo successivo, ritrasferito.

3.1. Il negozio fiduciario si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti.

Innanzitutto perchè l'investitura del fiduciario nella titolarità del diritto può realizzarsi secondo distinti moduli procedurali: le parti possono dare origine alla situazione di titolarità fiduciaria sia attraverso un atto di alienazione dal fiduciante al fiduciario, sia — come nel caso da cui è sorta la presente controversia — mediante un acquisto compiuto dal fiduciario in nome proprio da un terzo con denaro fornito dal fiduciante.

In secondo luogo perché l'effetto traslativo non è essenziale per la configurabilità di un accordo fiduciario. Accanto alla fiducia dinamica, caratterizzata dall'effetto traslativo strumentale, un modo di costituzione della titolarità fiduciaria è rappresentato dalla fiducia statica, che si ha quando manca del tutto un atto di trasferimento, perchè il soggetto è già investito ad altro titolo di un determinato diritto, e il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna a esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal *pactum fiduciae*. Nello schema del negozio fiduciario — afferma Cass., Sez. II, 7 agosto 1982, n. 4438 — rientra, oltre quello di tipo traslativo, anche la fiducia statica, i cui estremi sono appunto rappresentati dalla preesistenza di una situazione giuridica attiva facente capo ad un soggetto che venga poi assunto come fiduciario e si dichiari disposto ad attuare un certo disegno del fiduciante mediante l'utilizzazione non già di una situazione

giuridica all'uopo creata (come nel negozio fiduciario di tipo traslativo), ma di quella preesistente, che viene così dirottata dal suo naturale esito, a ciò potendosi determinare proprio perchè a lui fa capo la situazione giuridica di cui si tratta.

In terzo luogo perchè il negozio fiduciario risponde ad una molteplicità di funzioni, di pratici intenti, essendo diversi i tipi di interessi che possono sorreggere l'operazione. Nella *fiducia cum amico* la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo. Nella *fiducia cum creditore*, invece, il contratto fiduciario intercorre tra debitore e creditore: l'interesse del fiduciante è trasferire la proprietà di un suo bene al fiduciario, suo creditore, a garanzia del diritto di credito, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene al fiduciante, se questi adempie regolarmente al proprio debito. Questa seconda tipologia — la *fiducia cum creditore* — esige una attenta valutazione nel caso concreto, onde accertare che non integri un contratto in frode alla legge e precisamente in violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.).

3.2. La dottrina ha a lungo dibattuto alla ricerca di una sistemazione appagante del fenomeno fiduciario sotto il profilo del suo fondamento causale.

Vi è chi, riducendo il negozio fiduciario ad un tipo negoziale, seppure innominato, lo costruisce come un contratto unitario, avente una propria causa interna, la *causa fiduciae*, consistente in un trasferimento di proprietà, da un lato, e nell'assunzione di un obbligo, dall'altro. In questa prospettiva, l'effetto obbligatorio non costituisce un limite dell'effetto reale, ma si trova con esso in un rapporto di interdipendenza, non già nel senso di corresponsività economica, ma nel senso che l'attribuzione patrimoniale è il mezzo per rendere possibile al fiduciario quel suo comporta-

CASSAZIONE

mento in ordine al diritto trasferitogli: l'effetto obbligatorio rappresenta dunque la causa giustificatrice dell'effetto reale.

Da parte di altri si ritiene che nell'operazione de qua siano destinati a venire in rilievo singoli negozi tipici, con causa diversa da quella *fiduciae*, relativamente ai quali la fiducia non opera o non è in grado di operare sul terreno della causa in senso oggettivo, ma su quello dei motivi o su quello delle determinazioni accessorie di volontà.

Altri ancora — dopo avere qualificato il contratto fiduciario come il negozio mediante il quale si persegue uno scopo diverso dalla causa del contratto prescelto, avendo il *pactum fiduciae* la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito — ritengono impossibile ricondurre il fenomeno pratico ad una unitaria categoria giuridica e considerano il contratto traslativo e il patto fiduciario come contratti separati, tra loro collegati, nei quali la *causa fiduciae* esprime il collegamento fra i due contratti. Tale orientamento costruisce il fenomeno in forma pluralistica, vedendovi un collegamento funzionale tra trasferimenti e obblighi, in attuazione del programma fiduciario: di talché l'interno vincolo obbligatorio (con il quale il fiduciario si obbliga, nel rispetto della fiducia, al compimento del negozio che ne costituisce adempimento), non autonomamente isolabile, interagisce con l'effetto reale esterno.

3.3. Anche in giurisprudenza non mancano prese di posizione sulla natura giuridica del negozio fiduciario.

Così, talvolta le pronunce di questa Corte vedono nel contratto fiduciario un caso di negozio indiretto: un negozio, cioè, con cui le parti perseguono risultati diversi da quelli tipicamente propri del negozio impiegato, e corrispondenti a quelli di un negozio diverso. Il negozio fiduciario — si afferma — rientra nella categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato ef-

fetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta: il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene infatti posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso. L'instanzione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae* (Cass., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 8024; Cass., Sez. IL 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

Altre volte si opta per un inquadramento in termini di pluralità di negozi connessi da una comune congruenza funzionale ovvero da un'unica finalità economica: nel rapporto fiduciario si ha il concorso di due negozi, l'uno di disposizione e l'altro che è anche causa del primo, di obbligazione, i quali sono distinti, pur se collegati, e non fusi unitariamente (Cass., Sez. IL 18 aprile 1957, n. 1331); il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, parimenti voluti, l'uno di carattere esterno, efficace verso i terzi, e l'altro, *inter partes* ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o al terzo (Cass., Sez. IL, 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., Sez. IL, 1 aprile 2003, n. 4886; Cass., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785).

Una terza impostazione si distacca dalle ricostruzioni che descrivono il negozio fiduciario come articolato in due negozi (uno esterno e con effetti reali, l'altro interno e obbligatorio), per sostenere che «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella... di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si

propone di realizzare possono essere diversi sia nel numero che nella tipologia» (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633).

4. Il fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario possono rimanere in questa sede soltanto accennati, perchè il quesito posto dall'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte.

La questione sollevata, infatti, concerne, come si è visto, la forma dell'impegno con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni verso il fiduciante, in forza del *pactum fiduciae*, a ritrasferirgli l'immobile.

In considerazione del già rilevato multiforme atteggiarsi del fenomeno fiduciario, tale interrogativo viene esaminato dalle Sezioni Unite nei limiti della sua rilevanza, ossia avendo riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta, la quale si caratterizza per essere il fiduciario divenuto titolare del diritto avendolo acquistato in nome proprio da un terzo con mezzi somministratigli dal fiduciante.

5. Conviene, allora, passare in rassegna gli indirizzi giurisprudenziali che si sono manifestati sulla specifica questione.

5.1. Quando l'impegno all'ulteriore trasferimento ad opera del fiduciario riguarda un bene immobile, l'orientamento dominante condiziona la rilevanza del patto fiduciario alla circostanza che i soggetti abbiano consegnato in un atto scritto il *pactum*. Tale indirizzo, infatti, assimila, *quoad effectum*, il patto fiduciario, sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo a ritrasferire da parte del fiduciario, al contratto preliminare, con la conseguente necessità di osservare la forma vincolata *per relationem* prevista dall'art. 1351 c.c..

In base a tale orientamento, il negozio fiduciario, nel quale sia previsto l'obbligo di una parte di modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del

fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, richiede la forma scritta *ad substantiam* qualora riguardi beni immobili, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare — per il quale l'art. 1351 c.c., prescrive la stessa forma del contratto definitivo — in relazione all'obbligo assunto dal fiduciario di emettere la dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto voluto dal fiduciante (Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass., Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

In questa prospettiva, la valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire del fiduciario può essere solo un atto negoziale avente struttura bilaterale e dispositiva.

Onere del fiduciante — si legge in Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, cit. — è quello «di dimostrare l'esistenza dell'accordo scritto fiduciario, che (ha) preceduto o accompagnato la stipula del contratto di acquisto, con l'assunzione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di retrocessione... del bene immobile».

La dichiarazione unilaterale del fiduciario non è ritenuta sufficiente allo scopo, giacchè una ricognizione *ex post* di un atto solenne ab origine perfezionato informalmente non vale a supplire al difetto della forma richiesta dalla legge ai fini della validità dell'atto (Cass., Sez. I, 18 aprile 1994, n. 3706): ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare (e relativi preliminari), il requisito della forma scritta prevista *ad substantiam* «non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione nè quale elemento integrante il contratto nè — quando anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto — come prova del medesimo; pertanto, il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il documento costituisca l'estrinse-

CASSAZIONE

cazione formale diretta della volontà negoziale delle parti e non anche quando esso si limiti a richiamare un accordo altrimenti concluso, essendo in tal caso necessario che anche tale accordo rivesta la forma scritta e contenga tutti gli elementi essenziali del contratto non risultanti dall'altro documento, senza alcuna possibilità di integrazione attraverso il ricorso a prove storiche, non consentite dall'art. 2725 c.c.» (Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163).

Nel ribadire la necessità dell'atto bilaterale scritto, talvolta la giurisprudenza ne mitiga le conseguenze applicando il principio secondo cui la produzione in giudizio di una scrittura, contro la parte dalla quale proviene, equivale a perfezionamento dell'accordo bilaterale. È ben vero — afferma Cass., Sez. II, 1 aprile 2003, n. 4886 — che l'unilateralità della dichiarazione resa dal fiduciario «contrasta con la necessaria bilateralità del negozio fiduciario, ma, poichè ad avvalersene in giudizio è il contraente del quale manca la sottoscrizione», trova applicazione il consolidato principio per cui «quando... la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata la produca in giudizio, invocandone a proprio favore gli effetti e così dando la propria adesione, se l'altra parte non abbia nel frattempo revocato il consenso prima manifestato, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente».

5.2. Un indirizzo minoritario, inaugurato da Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, ritiene invece che l'accordo fiduciario non necessiti indefettibilmente della forma scritta a fini di validità, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto e sottoscritta con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita (ossia con *expressio causae*) del medesimo *pactum fiduciae*.

Secondo questo orientamento, a monte della dichiarazione unilaterale con

cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione, promette il trasferimento del bene al fiduciante, può stare anche un impegno orale delle parti, e la dichiarazione unilaterale, in quanto volta ad attuare il *pactum* preesistente, ha una propria «dignità», che la rende idonea a costituire autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purchè contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione.

Il nuovo indirizzo muove dalla constatazione della prassi, nella quale «non è infrequente che l'accordo fiduciario non sia scritto, ma che il soggetto in quel momento beneficiario della intestazione si impegni unilateralmente a modificare in un futuro la situazione» secondo gli accordi presi con l'altro soggetto; e dalla considerazione che «una dichiarazione unilaterale non costituisce necessariamente ed esclusivamente una semplice promessa di pagamento, di valore meramente ricognitivo rispetto ad un impegno ad essa esterno». Più precisamente, anche «un impegno che nasce come unilaterale... ha una propria dignità atta a costituire fonte di obbligazioni in quanto è volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente»: «la fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto (dal fiduciario) con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale».

La pronuncia che ha innovato l'orientamento tradizionale richiama, intravedendovi profili di affinità, la svolta di giurisprudenza realizzatasi, con la sentenza 2 settembre 2013, n. 20051, della Terza Sezione, in relazione al mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, per il quale la Corte ha escluso la necessità della forma scritta e ha affermato che si può fare ricorso al rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto nei casi in cui ci sia una dichiarazione unilaterale scritta del mandatario, anche

successiva all'acquisto, che contenga un preciso impegno e una sufficiente indicazione degli immobili da trasferire.

L'orientamento inaugurato dalla sentenza 15 maggio 2014, n. 10633, è compendiato nella seguente massima: «La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purchè l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali».

5.3. Nel complessivo panorama giurisprudenziale non possono essere tralasciate altre due pronunce.

Dalla prima — si tratta di Cass., Sez. III, 30 gennaio 1985, n. 560 — si ricava il principio secondo cui deve rivestire *ad substantiam* forma scritta il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma non anche quest'ultimo. La motivazione della sentenza contiene infatti il seguente passaggio argomentativo: «Quanto, poi, all'assunto del ricorrente, secondo cui non solo il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma anche quest'ultimo deve rivestire *ad substantiam* forma scritta, basterà ricordare che siffatta tesi... non trova (...) riscontro nella costruzione dogmatica del negozio fiduciario».

6. L'indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro *contrahere*) tra l'uno e l'altro negozio,

sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell'*eadem ratio* del requisito di forma imposto dall'art. 1351 c.c.. In sostanza, si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 c.c., e l'art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario.

6.1. Questo orientamento — dalla dottrina talvolta condiviso o ritenuto plausibile, talaltra considerato frutto di forti e patenti approssimazioni — deve essere rimeditato.

Nel rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, il *pactum fiduciae* — con cui il fiduciario si obbliga a gestire la posizione giuridica di cui è investito secondo modalità predeterminate e a ritrasferire la stessa al fiduciante — è assimilabile, ad avviso del Collegio, al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare.

In questo senso convergono le indicazioni della giurisprudenza e le analisi della dottrina.

Quando pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del *pactum fiduciae*, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798) non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza (in particolare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario) il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario. «L'eventualità che la fiducia si estrinsechi attraverso il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquisito dal fiduciario e che, quindi, venga ad atteggiarsi come un mandato senza rappresentanza (...) è da ritenere (...) perfettamente conforme alla potenziale estensione ed articolabilità del

CASSAZIONE

patto relativo»: «il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un *pactum fiduciae* che contempli l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento».

La dottrina, dal canto suo, evidenzia come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentino entrambi come espressioni della interposizione reale di persona: in particolare, con specifico riguardo all'ipotesi, che qui viene in rilievo, del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute, essa perviene alla conclusione che tale posizione può essere qualificata come mandato o come fiducia, ma che le norme applicabili sono comunque le stesse.

Sul versante del rapporto tra preliminare e patto fiduciario — al di là della affinità legata al fatto che anche nel *pactum fiduciae*, come nell'obbligo nascente dal contratto preliminare, è ravvisabile un momento iniziale con funzione strumentale rispetto ad un momento finale — la riflessione in sede scientifica mette in luce la diversità degli assetti d'interessi perseguiti dall'una e dall'altra figura.

Nel preliminare, infatti, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti. Ne consegue che, mentre l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di

una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante.

Inoltre, l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario — analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c., comma 2) — si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perchè l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina.

Le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il *pactum fiduciae* escludono, dunque, la possibilità di equiparare le due figure ai fini di un eguale trattamento del regime formale.

Quanto, poi, al collegamento tra la natura immobiliare del bene acquistato dal fiduciario e l'esecuzione specifica dell'obbligo di trasferimento rimasto inadempito, si è chiarito che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica non è legato alla forma del negozio da cui deriva l'obbligo di contrattare, potendo l'art. 2932 c.c., trovare applicazione anche là dove l'obbligo di concludere un contratto riguardi cose mobili e si trovi pertanto contenuto in un contratto non formale, perchè volto, appunto, al trasferimento di beni mobili.

6.2. La riconduzione allo schema del mandato senza rappresentanza del *pactum fiduciae* che s'innesta sull'intestazione in capo al fiduciario di un bene da questo acquistato utilizzando la provvista fornita dal fiduciante, orienta la soluzione del problema della forma dell'impegno dell'accordo fiduciario con oggetto immobiliare.

Invero, al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vin-

colo di forma, occorre procedere — secondo l'insegnamento di autorevole dottrina — con il metodo dell'analogia, ed accertare se il rapporto di somiglianza intercorra con un contratto tipico a struttura debole (tale essendo quello strutturato dal legislatore sui tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma) o con un contratto tipico a struttura forte (nel quale invece il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie), perchè soltanto nel secondo caso anche per il negozio atipico è configurabile il requisito di forma.

6.3. Ora, il mandato senza rappresentanza che abbia per oggetto l'acquisto di beni immobili per conto del mandante e in nome del mandatario, è un contratto a struttura debole.

Superando l'orientamento, che risaliva a una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 19 ottobre 1954, n. 3861), che, considerato l'esito reale mediato, garantito da un meccanismo legale munito di forte effettività, estendeva al mandato il vincolo di forma prescritto per il contratto traslativo immobiliare, la giurisprudenza di questa Corte — a partire dalla citata sentenza della Terza Sezione 2 settembre 2013, n. 20051, alla quale ha fatto seguito Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805 — ha infatti statuito che, in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta.

A tale approdo la giurisprudenza di legittimità è pervenuta rilevando che:

— tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione

dell'effetto reale in capo alla parte del negozio;

— le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori;

— i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato;

l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare.

6.4. Analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza, dunque, anche per la validità dal *pactum fiduciae* prevedente l'obbligo di ritrasferire al fiduciante il bene immobile intestato al fiduciario per averlo questi acquistato da un terzo, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio.

L'accordo concluso verbalmente è fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare.

Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi un problema di prova, non di validità del *pactum*.

CASSAZIONE

L'osservanza del requisito della forma scritta è invece imposta, in base all'art. 1350 c.c., per gli atti traslativi: per il contratto, iniziale, di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento ad opera del medesimo.

6.5. L'esclusione della necessità della forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare riconcilia la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario.

La dottrina italiana sulla teoria generale del negozio giuridico ha infatti consegnato alla comunità degli interpreti l'affermazione che non è necessario che l'intesa fiduciaria, rivolta a limitare i poteri del fiduciario, risulti dal tenore documentale del negozio. Questo insegnamento — che corrisponde ad un'idea risalente, ossia al rilievo che il *pactum fiduciae* è soggetto ad una intesa segreta — non è rimasto privo di riscontro negli svolgimenti giurisprudenziali. Si è infatti statuito (Cass., 13 gennaio 1941, n. 90) che il contratto fiduciario è perfettamente configurabile nel diritto vigente, in quanto con esso si ponga in essere, effettivamente, il contratto che appare dallo scritto, ma con un vincolo o con una limitazione o condizione non espressa ed affidata alla fiducia dell'altro contraente. In questa stessa prospettiva, si è ribadito (Cass., Sez. I, 22 maggio 1947, n. 794) che si ha negozio fiduciario quando, oltre ai patti risultanti dallo scritto, si ponga in essere un patto non espresso affidato alla fiducia di uno dei contraenti.

D'altra parte, la dimensione pratica del fenomeno fiduciario, quale emerge dal contesto complessivo delle controversie venute all'esame dei giudici, offre un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il

pactum tra di esse intervenuto. Proprio rivolgendo l'analisi all'esperienza e ai modi di attuazione dei comportamenti, un'autorevole dottrina è giunta alla conclusione che condizionare all'osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di *fiducia cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarità dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico.

7. Fissato il principio secondo cui non è richiesta la forma scritta per la validità del patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligazione del fiduciario di ritrasferire al fiduciante l'immobile dal primo acquistato da un terzo in nome proprio, si tratta di stabilire la rilevanza della posteriore dichiarazione scritta con cui l'interposto, riconosciuto l'intestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento finale.

7.1. Le Sezioni Unite ritengono che la dichiarazione ricognitiva dell'interposizione reale e promissiva del ritrasferimento non rappresenta il *vestmentum* per mezzo del quale dare vigore giuridico, con la forma richiesta dalla natura del bene, a quello che, altrimenti, sarebbe un nudo patto.

Infatti, una volta ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare anche se stipulato *verbis*, il fiduciario dichiarante è già destinatario di una obbligazione di ritrasferimento, e tale patto non scritto è il titolo che giustifica l'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento su di lui gravante.

7.1.1. D'altra parte, non sussistono ostacoli ad ammettere, a tutela del fiduciante deluso, il particolare rimedio di cui all'art. 2932 c.c.: avendo questa Corte chiarito che l'esecuzione specifica dell'obbligo

di concludere un contratto è applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad altro negozio, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere *ex lege* (Cass., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160); ed avendo la dottrina riconosciuto la possibilità di ricorrere al meccanismo che l'art. 2932 c.c., tipicamente configura per ottenere in forma specifica l'esecuzione dell'obbligo, che il fiduciario si è assunto con la stipulazione del *pactum*, di ritrasferire al fiduciante — o a un terzo da lui designato — il bene o la posizione di titolarità.

7.2. Il fiduciante deluso che si affidi ad un patto stipulato *verbis*, tuttavia, potrebbe avere difficoltà di dimostrare in giudizio l'intervenuta stipulazione dell'accordo e di ottenere la sentenza costitutiva nei confronti del fiduciario infedele.

7.3. Si spiegano, allora, il ruolo e il significato della dichiarazione scritta del fiduciario.

La dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento è infatti un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la cui funzione è quella di dispensare «colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale», l'esistenza di questo presumendosi fino a prova contraria.

Da tale dichiarazione non dipende la nascita dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire l'immobile al fiduciante: essa non costituisce fonte autonoma di tale obbligo, che deriva dal *pactum*, anche se stipulato soltanto verbalmente, ma è produttiva dell'effetto di determinare la *relevatio ab onere probandi* e di rafforzare così la posizione del fiduciante destinatario della dichiarazione stessa, il quale, in virtù di que-

sta, è esonerato dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale.

Si è dunque in presenza di una astrazione processuale, perchè il rapporto fondamentale deve bensì sempre esistere (in tal senso non vi è astrazione sostanziale o materiale), ma la sua esistenza, a seguito della dichiarazione ricognitiva e promissiva del fiduciario, è presunta *iuris tantum*, risolvendosi così la vicenda in un'inversione dell'onere della prova. In altri termini, rendendo la dichiarazione, il fiduciario non assume l'obbligazione di ritrasferimento, essendo egli già obbligato in forza del *pactum fiduciae*, ancorchè stipulato verbalmente; assume, piuttosto, l'onere di dare l'eventuale prova contraria dell'esistenza, validità, efficacia, esigibilità o non avvenuta estinzione del *pactum*, così come dei suoi limiti e contenuto, ove difformi da quanto promesso o riconosciuto.

Tale soluzione si pone in linea con l'insegnamento di questa Corte (Cass., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20689), secondo cui la promessa di pagamento non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, *ex art. 1988 c.c.*, un'astrazione meramente processuale della *causa debendi*, da cui deriva una semplice *relevatio ab onere probandi* che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento o dalla promessa.

Occorre evidenziare che dall'art. 1988 c.c., non è richiesto che promessa di pagamento e ricognizione di debito contengano un riferimento al titolo dell'obbligazione, e

CASSAZIONE

che le dichiarazioni titolate sono tuttavia ammissibili e riconducibili alla disciplina dettata da tale disposizione. Si è infatti affermato che la ricognizione di debito titolata, che comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale, si differenzia dalla confessione, che ha per oggetto l'ammissione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all'altra parte: ne consegue che la promessa di pagamento, ancorchè titolata, non ha natura confessoria, sicchè il promittente può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della promessa (Cass., Sez. III, 5 luglio 2004, n. 12285; Cass., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13689; Cass., Sez. H, 5 ottobre 2017, n. 23246).

8. Preme sottolineare che una prospettiva analoga è stata delineata, nell'udienza di discussione, dall'Ufficio della Procura Generale, parte pubblica chiamata, nel processo civile di cassazione, a collaborare all'attuazione dell'ordinamento in maniera indipendente rispetto agli interessi concreti delle parti.

Il pubblico ministero ha infatti messo in luce che «non sussistono nè principi generali dell'ordinamento, nè disposizioni di legge che consentano di negare la possibilità di attribuire efficacia all'atto scritto unilaterale ricognitivo di un precedente negozio fiduciario tra le parti, che in esecuzione di tale accordo, raggiunto nel rispetto del principio di libertà delle forme, contenga l'impegno a trasferire un immobile»: «non i principi in materia di forma, dominati dal principio della libertà delle forme, le cui deroghe non sono suscettibili di applicazione analogica ex art. 14 preleggi»; «non la necessaria liceità causale e meritevolezza dell'impegno negoziale assunto dalle parti, poichè la prospettiva più favorevole alla libertà delle forme non impedisce tale apprezzamento da parte del giudice chiamato a dirimere le relative controversie».

9. Conclusivamente, a risoluzione del contrasto di giurisprudenza sollevato

con l'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione, le Sezioni Unite enunciano i seguenti principi di diritto:

«Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario»;

«La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria».

10. Alla luce degli enunciati principi di diritto, il primo motivo di ricorso va dichiarato infondato, anche se deve essere corretta la motivazione in diritto della sentenza impugnata.

La Corte di Napoli è giunta alla conclusione che tra le parti in causa è intervenuto, con riguardo alla compravendita di cui all'atto del notaio ... del ..., un accordo fiduciario per il trasferimento dell'immobile a D.B.: immobile intestato alla M.V. e ad altro fratello del fiduciante, D.A., ma acquistato e poi completato dallo stesso D.B..

Nell'accertare con logico e motivato apprezzamento, alla stregua delle risultanze processuali, che l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario, la Corte partenopea ha però collegato il diritto di D.B. ad ottenere la pronuncia ex art. 2932

c.c., non al patto concluso verbalmente — avendolo dichiarato nullo per difetto di forma, sulla premessa che «il negozio fiduciario, richiedendo la forma scritta ad substantiam, (è) nullo laddove difetti tale requisito formalistico» —, ma alla successiva dichiarazione fiduciaria della M.V., cogliendo in tale impegno «non... un negozio autonomo ma un... elemento dell'operazione fiduciaria». In sostanza, secondo la Corte territoriale, alla sussistenza di un collegamento negoziale, connaturato al negozio fiduciario, tra l'atto di compravendita del 1984 e la scrittura privata del 2002 non è di ostacolo nè il lungo lasso temporale tra i due atti, non essendo richiesta la contestualità dei due negozi, nè la unilateralità della scrittura successiva, atteso che la produzione in giudizio con la dichiarata intenzione di valersene equivale ad accettazione.

Ora, le premesse da cui ha preso avvio la sentenza impugnata vanno corrette, una volta che queste Sezioni Unite hanno riconosciuto la validità del patto fiduciario immobiliare stipulato verbalmente ed hanno escluso la necessità di individuare nella posteriore dichiarazione scritta resa dal fiduciario la fonte dell'obbligazione di ritrasferire il bene al fiduciante.

Così emendata la motivazione in diritto della sentenza della Corte d'appello, la statuizione dalla stessa resa si sottrae alle censure articolate con il motivo, ben potendo la prova dell'intervenuta stipulazione del *pactum* ravvisarsi nella dichiarazione scritta della M.V., promissiva del pagamento traslativo sulla base della ricognizione della disgiunzione, nel rapporto interno, tra titolarità formale del complesso immobiliare e appartenenza economica sostanziale dello stesso.

D'altra parte, va anche escluso, per completezza, che ci si trovi di fronte ad una promessa priva di titolazione, giacchè il dichiarato impegno della M.V. a ritrasferire la porzione del complesso immobiliare al cognato D. trova, appunto, la sua premessa

giustificativa nella ricognizione del rapporto sotteso alla dissociazione tra la titolarità giuridica formale del bene in capo all'interposta e la situazione di appartenenza economica sostanziale dello stesso in capo al fiduciante (essendo stato l'edificio «acquistato e poi completato dallo stesso D.B.», che ha provveduto anche a rimborsare «tutte le tasse e spese... sostenute» dall'intestatario).

10. Il secondo motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

10.1. Là dove denuncia il difetto, nella scrittura privata del 2002, del requisito della determinatezza o della determinabilità dei beni immobili oggetto della promessa di trasferimento, il motivo prospetta per la prima volta in cassazione una questione non esaminata con la sentenza qui impugnata e il cui scrutinio presuppone un'indagine di fatto che non risulta essere stata sollecitata con l'atto di appello.

È invero pacifico che già la sentenza di primo grado ritenne dimostrata, sulla base delle «espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002», l'esistenza della interposizione reale intervenuta tra la M.V. e il D. nella intestazione «dei beni immobili oggetto dell'atto stipulato per notaio ... in data ...», e, in accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., dichiarò pertanto trasferiti tali beni immobili in favore del D. o di persona da lui nominata.

Risulta per *tabulas*, dalla sentenza della Corte di Napoli e dalla stessa sommaria esposizione dei fatti di causa compiuta dalla odierna ricorrente, che con l'atto di gravame la M.V. ha impugnato la pronuncia del Tribunale sotto i seguenti profili:

— in primo luogo, là dove era stata ritenuta provata l'esistenza del *pactum fiduciae* in assenza di patto scritto, mancanza non sopperibile con la scrittura privata del 28 marzo 2002, la quale, avendo carattere confessorio, sarebbe stata inidonea;

CASSAZIONE

— in secondo luogo, là dove si era tenuto conto della transazione intervenuta con D.A. e P.P., nonostante si trattasse di *res inter alios acta*;

— in terzo luogo, in relazione all'erronea interpretazione della scrittura del 2002, dall'appellante ritenuta non idonea a sostenere le ragioni dell'attore, e alla circostanza che tale atto era intervenuto quando oramai il diritto dell'attore era prescritto;

— infine, con riguardo all'equivocità della formula utilizzata nel dispositivo della sentenza (apparentemente di accertamento, in realtà con effetti costitutivi ai sensi dell'art. 2932 c.c.) e alla mancanza di statuizioni concernenti le annotazioni nei pubblici registri immobiliari.

Nessuna doglianza è stata articolata con l'atto di appello con riferimento alla questione, che qui viene dedotta, della mancanza, nella dichiarazione del marzo 2002, dell'indicazione precisa dei confini e dei dati catastali relativi agli immobili oggetto dell'impegno a trasferire, e della discrasia tra l'impegno, risultante dalla predetta scrittura, a trasferire il complesso immobiliare per la «quota» di pertinenza e la circostanza che, in realtà, la M.V. è proprietaria esclusiva di quattro unità residenziali, mentre gli unici beni in proprietà comune sono la corte pertinenziale e i locali cantinati.

Si tratta, evidentemente, di questione nuova (la ricorrente non indica i luoghi del

processo di merito dove la stessa sia stata posta o trattata): questione che, presupponendo indagini in fatto, non può essere sollevata per la prima volta in cassazione.

10.2. Priva di fondamento è, poi, la censura, con cui, reiterando un profilo di doglianza già dedotto con il primo motivo, si lamenta che sia stato riconosciuto sussistente, in capo alla M.V., un obbligo di trasferimento privo di giustificazione causale, mancando un sottostante rapporto fiduciario.

Infatti, la ricognizione dell'interposizione e la promessa di trasferimento che s'innesta sulla descritta dissociazione consentono di ritenere dimostrata in giudizio, in forza della dispensa dalla prova del rapporto fondamentale e della sua presunzione, l'esistenza dell'accordo fiduciario. D'altra parte, la promessa di pagamento ben può essere interpretata come incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione che fosse eventualmente nel frattempo maturata, e qualificata, quindi, come rinuncia tacita alla prescrizione, a norma dell'art. 2937 c.c., u.c..

11. Il primo e il secondo motivo sono rigettati.

Ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c., la causa va rimessa alla Seconda Sezione per la decisione, con separata sentenza, del terzo e del quarto motivo, il cui esame non dipende dalla soluzione del contrasto di giurisprudenza (*Omissis*).

(1) La forma del *pactum fiduciae* in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso. — 3. Inquadramento del negozio fiduciario: cenni. — 3.1. Il rapporto con gli istituti affini: simulazione, *trust* e mandato senza rappresentanza. — 4. Il *pactum fiduciae*. — 4.1. La questione. — 4.2. I precedenti: l'orientamento dominante. — 4.3. (*Segue*) I precedenti: il valore della produzione in giudizio della dichiarazione contro la parte dalla quale proviene. — 4.4. (*Segue*) I precedenti: la possibilità di un *pactum fiduciae* orale e di una dichiarazione unilaterale quale autonoma fonte di obbligazione. — 5. Il percorso argomentativo seguito da Cass. civ., Sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459 e l'innovativa interpretazione proposta dalla Suprema Corte. — 5.1. La classificazione del negozio fiduciario: tra mandato senza rappresentanza e contratto preliminare. — 5.2. L'assenza di particolari

oneri di forma per la validità del *pactum fiduciae*. — 5.3. Il ruolo e la rilevanza della successiva dichiarazione unilaterale di impegno al trasferimento. — 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*. — Nonostante il negozio fiduciario sia un istituto noto ed ampiamente utilizzato già dagli inizi del secolo scorso (1), né il legislatore del 1942 né quelli successivi (2) hanno ritenuto di dedicarvi alcuna disposizione codicistica o extracodicistica. A tale mancanza hanno dovuto supplire dottrina e giurisprudenza che hanno tentato negli anni di disciplinare le caratteristiche ed individuare gli elementi essenziali del medesimo negozio (3).

Il negozio fiduciario risponde ad esigenze personali avvertite dalla prassi ed ha un'antica tradizione: già in diritto romano si utilizzava ampiamente la fiducia *cum amico*, ad esempio nelle ipotesi in cui il fiduciante, dovendo assentarsi per un lungo periodo di tempo, trasferiva fiduciarmente la proprietà di certi beni ad un fiduciario, il quale assumeva l'obbligo di restituirli al ritorno. L'istituto ha avuto una vasta elaborazione nell'ordinamento tedesco che è caratterizzato, al pari del diritto romano, dall'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà, contrariamente al nostro ordinamento che richiede, ai fini del trasferimento della proprietà, un'idonea giustificazione causale (4). Varie sono le ragioni che hanno impedito un'elaborazione dottrinale ampia sul negozio fiduciario (5): la cennata necessità della giustificazione causale per qualunque trasferimento immobiliare che mal si concilia con il trasferimento, giustificato dalla fiducia, del bene dal fiduciante al fiduciario e con il ritrasferimento, *solvendi causa*, dal fiduciario al fiduciante o al beneficiario indicato dal fiduciante; la concezione piena ed assoluta del diritto di proprietà che mal si concilia con forme di proprietà temporanea o risolvibile; le ipotesi del tutto eccezionali nel nostro ordinamento (su cui si veda *infra*) di dissociazione

(1) Ne dà una testimonianza GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, 345 e ss., che lo definisce «un tema tra i più affascinanti, ma anche tra i più difficili e controversi del nostro diritto privato». Sotto un profilo storico, l'Autore, p. 378, sottolinea poi la presenza di istituti assimilabili o comunque affini al negozio fiduciario già nell'ordinamento romano, in quello germanico ed in quello anglosassone e ciò vale a determinare la rispondenza degli stessi ad esigenze pratiche e sociali presenti in contesti socio-giuridici molto differenti tra loro. Cfr., inoltre, NITTI, voce *Negozio fiduciario*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1965, 202-208.

(2) Sull'esigenza di introdurre nell'ordinamento civilistico italiano una normativa specifica sul contratto di fiducia, IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 1, 35 ss. Sull'opera di tipizzazione posta in essere dalla giurisprudenza con riferimento al negozio fiduciario, RADOCCIA, *Fiducia e trust*, in *Giur. merito*, 2006, 6, 1589B ss.

(3) Il negozio fiduciario, seppur privo di un fondamento normativo espresso, è certamente lecito nell'ambito dell'autonomia contrattuale delle parti prevista dall'art. 1322 c.c. purché non sia posto in essere al fine di «*eludere l'applicazione di una norma imperativa*» (1344 c.c.) o «*esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe [le parti]*» (1345 c.c.). Circa le ipotesi in cui il negozio fiduciario rappresenta il mezzo attraverso cui può essere integrato un caso di frode alla legge, CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al cod. civ.*, Cedam, XI ed., Padova, 2014, 1456.

(4) P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Roberto Calvo e Alessandro Ciatti, *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Utet, 2014, 37. Per un'analisi, nel diritto tedesco, del meccanismo del negozio di trasferimento astratto, strutturalmente distinto dal contratto causale, cfr. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 17 ss.

(5) Sul punto cfr. P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, cit. 37 s.

CASSAZIONE

tra proprietà sostanziale e legittimazione all'esercizio del diritto; il principio di responsabilità universale del debitore con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) che relega ad ipotesi del tutto marginali i patrimoni separati, quali l'eredità beneficiata, il fondo patrimoniale, i vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, i patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli articoli 2447-*bis* ss. c.c. (6); il principio di tipicità dei diritti reali che, a garanzia della certezza dei traffici giuridici e della standardizzazione della pubblicità immobiliare, non consente all'autonomia privata di modificare il contenuto del diritto reale (7).

La mancanza di una specifica disciplina giuridica pone agli operatori pratici degli interrogativi non sempre di facile soluzione. La ricostruzione della disciplina applicabile all'istituto, facendo ricorso all'istituto dell'analogia o ai principi generali dell'ordinamento, ha comportato l'insorgere di dubbi e contrasti giurisprudenziali di non scarsa rilevanza con conseguenti difficoltà applicative per gli operatori del diritto (8). Una questione di primaria rilevanza è stata affrontata dalle Sezioni unite della Suprema Corte con la sentenza che si commenta: in particolare, la questione verteva sulla forma del *pactum fiduciae* qualora lo stesso abbia ad oggetto beni immobili, nonché sul ruolo (eventualmente suppletivo) svolto dalla dichiarazione unilaterale del fiduciario che si impegna a trasferire la medesima *res* al fiduciante o alla persona da lui indicata.

L'articolata sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020 ha preso le mosse dai quesiti formulati dalla seconda sezione civile con l'ordinanza 20934/2019 (9) per compiere un'attenta disamina del negozio fiduciario al fine di indicare quali siano i requisiti di forma richiesti per la validità e l'efficacia dello stesso.

948

L'importanza della sentenza in commento non è data solamente dal rigore scientifico con cui analizza le diverse fasi del negozio fiduciario ma anche dall'attenzione alla «dimensione pratica del fenomeno fiduciario, quale emerge dal contesto complessivo delle controversie venute all'esame dei giudici, [che] offre un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il *pactum* tra di esse intervenuto».

Le parti del negozio fiduciario, infatti, per ragioni di opportunità o di reciproca fedeltà (a volte malriposta) o per desiderio di segretezza (10), spesso sono restie a formalizzare un patto fiduciario per iscritto, preferendo piuttosto che il fiduciario

(6) Per un esame del rapporto tra responsabilità patrimoniale del debitore e separazione patrimoniale cfr. A. GENTILI, *Atti di destinazione — Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, 224 ss.; TORRONI, *La destinazione patrimoniale nella famiglia*, in *Riv. not.*, 2017, 114 ss.

(7) Cfr. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in GAMBARO-MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2008, I, 77, nota 28; GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, 2010, 67 ss.; CALVO, *Libertà di disporre e tipicità dei diritti reali*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., 10 s.

(8) MONEGAT, in *Imm. propr.*, 2020, 4, 257 ss.

(9) Diffusamente commentata in dottrina, cfr. AMENDOLAGINE, in *GiustiziaCivile.com*, 31 ottobre 2019; Carnevali, in *Contratti*, 2020, 1, 57 ss.; GENTILI, in *Corr. giur.*, 2019, 12, 1475 ss.; e Valenza, in *Giur. it.*, 2020, 2, 283 ss.

(10) Sulla segretezza quale requisito del negozio fiduciario nonché per un breve excursus storico di tale istituto, cfr. LUPOI, *La consumazione del negozio fiduciario*, nota a Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2009, n. 8127, in *Trusts*, 2010, 2.

sottoscriva unicamente una dichiarazione unilaterale di impegno al (ri)trasferimento al fiduciante.

Ciò ha però rilevanti conseguenze in quelle fattispecie — come quella in esame — in cui il fiduciario poi si rifiuta di adempiere ai propri obblighi verso il fiduciante, venendo in considerazione primari profili di validità ed efficacia del negozio concluso, nonché problematiche relative alla prova da fornire in giudizio a fondamento delle proprie pretese.

2. *Il caso.* — D.B. citava in giudizio D.A., la moglie di questi P.P. e la cognata M.V., vedova di un altro fratello, deducendo che D.A. e M.V. avevano acquistato in data 18 giugno 1984 (D.A. in comunione legale con la moglie P.P.), con suo denaro, un compendio immobiliare da un terzo. Allegava altresì che le parti avevano pattuito che lo stesso compendio venisse trasferito a D.B. — vero *dominus* dell'affare — o alla persona da lui indicata, qualora questi ne avesse fatto richiesta.

A sostegno delle proprie ragioni D.B. produceva due scritture private dello stesso tenore, datate 28 marzo 2002 e sottoscritte rispettivamente da P.P. e M.V., con cui queste riconoscevano che il vero proprietario del compendio immobiliare di cui sopra era D.B. e si impegnavano contestualmente al trasferimento del medesimo a favore dello stesso D.B. o a persona da lui nominata, a fronte della relativa richiesta da parte di quest'ultimo.

Mentre veniva raggiunto un accordo transattivo tra D.B., D.A. e P.P. nel corso del giudizio di primo grado, il procedimento proseguiva nei confronti di M.V. In particolare il Giudice di prime cure accoglieva la domanda attorea dichiarando l'interposizione reale di M.V. e disponendo il trasferimento della *res* oggetto della controversia a favore dell'attore.

All'esito del giudizio di secondo grado veniva confermata la sentenza appellata e rigettato il gravame proposto da M.V., la quale proponeva quindi ricorso per Cassazione.

In estrema sintesi, si osserva come punti salienti del ricorso di M.V. fossero, per quanto qui più interessa, la necessità di dichiarare nullo il *pactum fiduciae*, equiparato ad un contratto preliminare, non essendo rispettato il requisito della forma scritta, e l'assenza di una causa giuridica nella dichiarazione unilaterale del 28 marzo 2002, non esistendo un previo patto fiduciario. Parte ricorrente deduceva altresì la nullità della medesima scrittura unilaterale per carenza dell'elemento causale e, in ogni caso, per non contenere la stessa una specifica ed analitica descrizione del bene da trasferire.

La Seconda sezione della Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto, con la citata ordinanza interlocutoria n. 20934 del 5 agosto 2019, di trasmettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, alla luce della rilevata presenza di un contrasto giurisprudenziale con riferimento alla forma del *pactum fiduciae* avente ad oggetto beni immobili, nonché al correlato ruolo della (eventuale) scrittura unilaterale con cui il fiduciario riconosce il fiduciante come «vero» proprietario e si impegna in ogni caso a trasferire il bene a questi o alla persona da lui nominata.

3. *Inquadramento del negozio fiduciario: cenni.* — Come accennato, la questione affrontata dalle Sezioni unite della Suprema Corte è essenzialmente pratica: il *pactum fiduciae* relativo a diritti reali immobiliari può essere concluso anche oralmente in ossequio al principio di libertà delle forme o, al contrario, necessità della forma scritta *ad substantiam* come è prescritto per il contratto preliminare dall'art. 1351 c.c.?

Nonostante la questione interpretativa relativa alla struttura del negozio fiduciario rimanga sullo sfondo della vicenda trattata dalla sentenza che si commenta e non costituisca un aspetto fondamentale della decisione, è opportuna una breve riflessione

CASSAZIONE

sulla natura del negozio in esame — peraltro tracciata anche dalla stessa Suprema Corte nella sentenza n. 6459/2020 — poiché la risposta al quesito «pratico» sulla forma dipende, inevitabilmente, dalla concezione di negozio fiduciario che si decide di adottare.

Seguendo quindi il sentiero tracciato dalla sentenza in esame, si ritiene opportuno partire dalla definizione di negozio fiduciario, che gli Ermellini descrivono come «una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato. Attraverso il negozio fiduciario la proprietà del bene viene trasferita da un soggetto a un altro con l'intesa che il secondo, dopo essersene servito per un determinato scopo, lo ritrasferisca al fiduciante, oppure il bene viene acquistato dal fiduciario con denaro fornito dal fiduciante, al quale, secondo l'accordo, il bene stesso dovrà essere, in un tempo successivo, ritrasferito» (11).

Secondo una ricostruzione, il negozio fiduciario sarebbe caratterizzato da un'incongruenza o comunque per una sproporzione e disomogeneità tra scopo perseguito e mezzo giuridico impiegato per raggiungerlo (12). Tale valutazione viene però criticata da chi, come Grasseti, ritiene che tale giudizio sia manchevole e pecchi «*per eccesso e per difetto*», essendo l'erroneo risultato conseguente all'aver «*trattato alla stessa stregua le due figure di fiducia cum amico e di fiducia cum creditore*» (sulla cui differenza v. *infra*), nonché all'essersi soffermati più su tale seconda tipologia di casi che sulla prima, pur essendo questa la più rilevante. Contrariamente alla tesi della sproporzione tra mezzo e scopo, si è osservato che «*l'attribuzione patrimoniale è indispensabile per conseguimento del fine pratico avuto di mira dalle parti*» (13).

950

(11) Questa definizione pare combaciare con gli orientamenti dottrinali maggioritari. In particolare si richiama lo Studio n. 86/2003/T, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, estensore Brunelli, in *Studi e materiali* del Consiglio Nazionale del Notariato, 2/2004, 895 per cui: «Si può così parlare di negozio fiduciario quando un soggetto (il fiduciante), trasferisce un bene ad un altro soggetto (il fiduciario), imponendogli nel contempo il vincolo obbligatorio di ritrasferirgli in futuro il diritto, o di trasferirlo ad un terzo o di farne comunque un uso determinato». In dottrina cfr. *ex multis* GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 363-364; Diener, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2011, 94-95; LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Ipsoa, Milano, 2018, 4-5; ITTI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 202-208; Putti, voce *Negozio fiduciario*, in *Digesto IV*, Disc. priv., sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2003, RADOCCIA, *Fiducia e trust*, cit., 1589B ss., Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, 619-620. Nella giurisprudenza di legittimità, una simile definizione è presente anche in Cass., sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654 ove in particolare si sottolinea che il trasferimento avviene «*per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore*». V. anche Cass., sez. II, 14 luglio 2015, n. 14695; Cass., sez. II, 29 febbraio 2012, n. 3134; Cass., sez. II, 21 novembre 1988, n. 6263.

(12) *Inter alia*, v. NITTI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 204, secondo cui «Tutti gli scrittori che si sono occupati del negozio fiduciario o che hanno trattato tale istituto su testi istituzionali hanno sempre notato in tale figura la caratteristica della eccedenza del mezzo sullo scopo». V. inoltre CATADELLA, voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia forense*, vol. V, casa editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1959/60, 35.

(13) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 348-349 e 364. L'Autore comunque riconosce che sussiste in ogni caso una

Il contratto fiduciario, come sopra delineato, non corrisponde ad una singola fattispecie specificatamente determinata, ma più propriamente ad un *genus*, ad una casistica di negozi giuridici anche differenti tra loro (14), che però hanno in comune certi essenziali elementi, che valgono a caratterizzarli come «fiduciari». Sono state individuate in dottrina varie (sotto)categorie di negozi fiduciari, sulla base della diversa struttura degli istituti ed in particolare della natura e dei limiti dei poteri conferiti al fiduciario.

Una prima fondamentale distinzione riguarda la fiducia cd. romanistica da quella cd. germanistica (o germanica). In particolare la prima sussiste qualora il fiduciario goda di un potere reale illimitato — essendo il titolare della *res* — circoscritto dal vincolo obbligatorio delineato nel *pactum fiduciae*. Nei casi di fiducia di tipo germanico, invece, viene attribuita al fiduciario una legittimazione all'esercizio dei diritti e delle prerogative inerenti la proprietà del bene che però rimane sostanzialmente in capo al fiduciante (15). Nel nostro ordinamento non è ammissibile la creazione, da parte dell'autonomia privata, di una proprietà fiduciaria di tipo germanistico, nella quale scindere la titolarità sostanziale del bene dalla legittimazione all'esercizio delle prerogative del proprietario, in quanto una tale forma di proprietà sarebbe «difficilmente armonizzabile con il principio di unità del dominio — coerente con la nostra tradizione — il quale sembra escludere il potere di conformare la proprietà con atti di autonomia privata, realizzando forme di fiducia attributiva» (16). Nel nostro ordinamento sono, però, ravvisabili alcune ipotesi di proprietà assimilabile a questa di tipo germanistico: un tipo di proprietà strumentale

potestà di abuso in capo al fiduciario, dovuta alla struttura tipica dei diritti reali nel nostro ordinamento, che, non consentendo una scissione tra titolarità formale e titolarità economica, determina l'ineludibile conseguenza che chi riceve la titolarità di una *res* ne ha anche il potere di disporre in via reale *erga omnes*, anche oltre e contro le indicazioni del fiduciante.

(14) La sentenza in commento, nel definire l'ambito della sua indagine, dà atto di un «*multiforme atteggiarsi del negozio fiduciario*».

(15) CRISCUOLI, *Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria*, nota a Cass., sez. I, 27 luglio 2004, n. 14094, in *Riv. not.*, 2005, 1445 ss.; FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto, nota a Cass., sez. II, 5 febbraio 2000, n. 1289, in *Giur. it.*, 2000, 12; REALI, *Negozi fiduciari e limiti alla prova della simulazione*, nota a Cass., sez. III, 28 febbraio 2011, n. 4927, in *I contratti*, 2011, 547 ss.; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 620. Con specifico riferimento alla fiducia germanistica Brunelli, *Negozi fiduciari e imposte indirette*, cit., 897 richiama il § 185 del BGB (*Verfügung eines Nichtberechtigten*); per un approfondimento della citata normativa tedesca, v., *inter alia*, BOEMKE-ULRICI, *Bgb Allgemeiner Teil*, Springer, Berlino Heidelberg, 2009, 346-352. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., pp. 101-102, esprime perplessità sulla possibile ammissibilità della fiducia germanistica nel nostro ordinamento giuridico, ponendosi in contrasto con il principio di tipicità dei diritti reali: in particolare viene osservato che la scissione tra titolarità del diritto e legittimazione all'esercizio dello stesso, comporterebbe una limitazione del diritto di proprietà di matrice convenzionale, non prevista dalla normativa in vigore. L'Autrice osserva però al contempo la presenza di disposizioni speciali, come la normativa in materia di società fiduciarie, che consentono il ricorso a tale forma di fiducia. Anche Nitti, voce *Negozi fiduciari*, cit., p. 203, ritiene che l'unica tipologia di negozio fiduciario ammissibile nel nostro ordinamento sia quella di tipo romanistico, in quanto accogliendo quella germanistica si verrebbe a creare una forma di proprietà temporanea e risolubile, ritenuta incompatibile con l'attuale disciplina civilistica e, conseguentemente, inammissibile.

(16) PALERMO, *Opponibilità del mandato*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione per il Notariato, 116; MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*,

CASSAZIONE

all'amministrazione fiduciaria, separata rispetto al restante patrimonio del titolare e non aggredibile dai creditori, è prevista per le società fiduciarie e di revisione disciplinate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 che «si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi» (art. 1) e per i fondi comuni di investimento per i quali è espressamente stabilito dalla legge che ciascun fondo costituisce patrimonio autonomo, che sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione né dei creditori del depositario, che la società di gestione non può utilizzare nell'interesse proprio o di terzi i beni di pertinenza dei fondi gestiti (art. 36, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). È pacifico in giurisprudenza che la proprietà della società fiduciaria assume una connotazione meramente «formale» in quanto il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria, ne conserva la proprietà «sostanziale»; per contro le società fiduciarie, non potendo disporre o utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori (17). Si tratta di un mandato ad amministrare eccezionalmente traslativo in quanto comporta, in capo alla società fiduciaria, una proprietà meramente «formale».

Ulteriore distinzione è quella operata alla luce dei differenti interessi alla base dell'operazione e delle diverse finalità pratiche perseguite dalle parti del negozio. Nella fiducia *cum amico* (o negozio fiduciario puro) il negozio è funzionale alla realizzazione di una gestione del bene nell'interesse del fiduciante (18), nella fiducia *cum creditore* (o negozio fiduciario impuro o misto) il negozio fiduciario viene posto in essere tra debitore e creditore: in particolare il debitore-fiduciante trasferisce la proprietà di un proprio bene al creditore-fiduciario a garanzia del proprio debito e con l'impegno del fiduciario a restituire la *res* una volta che avrà ottenuto il pagamento del medesimo credito (19).

La vendita in garanzia pone la grave questione della violazione del *divieto del patto*

952

in *Riv. not.*, 2012, 320, sul principio di unità del dominio, nel sistema italiano, non incline a riconoscere la duplicità di titoli proprietari sul medesimo bene.

(17) Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, 23, con nota di Carnevali, *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*; Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *Società*, 1999, 1330, con nota di RORDORF, *Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie*; Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478.

(18) Questa fattispecie, la più frequente, può realizzarsi a titolo esemplificativo quando un soggetto vuole nascondere ai propri creditori, per un certo periodo, un determinato bene e lo intesta quindi ad un familiare, con l'impegno di quest'ultimo al ritrasferimento dello stesso a fronte della richiesta del fiduciante.

(19) Come osservato da numerosa dottrina e dalla stessa sentenza n. 6459/2020, le fattispecie di fiducia *cum creditore* possono presentare numerosi profili di affinità con il patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.: occorre quindi procedere ad un'attenta analisi caso per caso al fine di determinare la legittimità o meno dello specifico negozio concluso dalle parti. Sulla distinzione tra fiducia *cum amico* e *cum creditore* v. anche CALVO, *Manuale teorico-pratico di diritto civile*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 718; la voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia Treccani online*, <<http://www.treccani.it/enciclopedia/negozio-giuridico/>> (5 maggio 2020); FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e *mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, cit.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 348-349 e 364, che indica la fiducia *cum amico* come la fattispecie paradigmatica del negozio fiduciario, mentre quella *cum creditore* rappresenta una forma anomala dello stesso negozio.

commissorio di cui all'art. 2744 c.c., cioè quel patto con cui debitore e creditore convengono che il creditore diventi automaticamente proprietario del bene concesso in garanzia nel caso di mancata soddisfazione del credito nel termine fissato. La norma, testualmente riferita al creditore ipotecario o pignoratizio, è considerata un principio generale dell'ordinamento riferibile a qualunque fattispecie di alienazione del bene a garanzia del pagamento di un debito. Nonostante il trasferimento dell'immobile avvenga prima dell'inadempimento del debitore [nel patto commissorio disciplinato dall'art. 2744 c.c. il trasferimento avviene dopo l'inadempimento], la vendita in garanzia incorre nella nullità per illiceità della causa ogniqualvolta costituisca il mezzo per eludere il divieto del patto commissorio, anche se l'operazione è configurata come vendita con patto di riscatto o di retrovendita ad effetti traslativi immediati. È irrilevante l'immediato trasferimento del bene, avendo le parti il reale intento di costituire una garanzia ed attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempimento del mutuatario. Tra i negozi di mutuo e di compravendita infatti si stabilisce uno stretto vincolo di interdipendenza che realizza nella sostanza un patto commissorio nullo per legge (20). Può essere idoneo a garantire la liceità della causa il *c.d. patto marciano* (21), il quale configura una clausola contrattuale, accessoria al trasferimento del bene in garanzia dal debitore in favore del creditore, con la quale si mira ad impedire che il creditore, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito, pattuendosi che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene da parte di un terzo e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell'importo eccedente l'entità del suo credito. La stessa giurisprudenza più recente (22), recependo i risultati interpretativi raggiunti in dottrina (23), ha mostrato aperture sull'utilizzo del patto marciano, evidenziando come nel nostro sistema giuridico si riscontrino diverse fattispecie nelle quali, a fronte del diritto del creditore di soddisfarsi direttamente sui beni del debitore, sussista un obbligo per il creditore di restituire l'eccedenza rispetto all'ammontare del credito garantito (24).

(20) Cass., sezioni unite, 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 104; cfr. anche Cass., sezioni unite, 21 aprile 1989, n. 1907; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635; Cass. 5 marzo 2010, n. 5426; Cass., 12 ottobre 2011, n. 20956; Cass., 17 aprile 2014, n. 8957.

(21) Sulla idoneità del patto marciano, attraverso la stima del bene e l'eventuale restituzione dell'esubero al debitore, a soddisfare le istanze equitative, solidaristiche e proporzionali che guidano l'ordinamento (CIPRIANI, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 430 s.)

(22) Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, 685; in *Corriere giur.*, 2016, 486, con nota di Scardino; in *Giur. it.*, 2015, 2341, con nota di Viti; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273.

(23) Per una ricostruzione delle ragioni del divieto di patto commissorio e dei suoi confini nel rapporto con gli istituti affini, G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1023; M. ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, 3; R. GENGHINI, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, 282; DE MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011 ha ritenuto superata la posizione di chi vedeva nel divieto del patto commissorio una tendenziale inderogabilità delle procedure esecutive giudiziali.

(24) Nella motivazione la sentenza passa in rassegna gli istituti dai quali emerge la possibilità di valorizzare nel nostro ordinamento il patto marciano. Nel pegno irregolare (art.

CASSAZIONE

Infine si ricorda la distinzione operata tra *fiducia statica* e *fiducia dinamica*. Si parla di fiducia dinamica quando ha luogo un trasferimento della titolarità della *res* dal fiduciante al fiduciario, in modo da consentire a quest'ultimo, una volta divenuto proprietario del bene, di adempiere alle obbligazioni che si è assunto nei confronti del fiduciante. Successivamente avrà luogo un ulteriore trasferimento del bene dal fiduciario al fiduciante o alla persona da lui indicata, in adempimento dell'obbligazione assunta dal fiduciario con il *pactum fiduciae*. Nei casi di fiducia statica, invece, il fiduciario è già proprietario del bene oppure lo diviene tramite l'acquisto da un terzo con denaro del fiduciante; in questi casi il contratto fiduciario si ridurrà all'imposizione di obblighi di gestione del bene nell'interesse del fiduciante e di trasferimento a favore del fiduciante stesso o di terzi beneficiari (25).

Soffermandosi ora brevemente sulla natura, e quindi anche sulla causa del negozio, si registrano in dottrina diversi orientamenti (26). Vi è chi, primo tra tutti Grassetto, ritiene che il negozio fiduciario sia *un negozio unitario (atipico o, rectius, innominato) con un'unica causa sua propria «interna», cd. causa fiduciae*, consistente in un trasferimento di proprietà seguito dall'assunzione di una determinata serie di obblighi. L'effetto obbligatorio andrebbe quindi inteso non come un limite all'effetto reale, ma come interdipendente rispetto a quest'ultimo, essendo l'attribuzione patrimoniale necessaria per permettere al fiduciario di adempiere ai propri obblighi. Secondo questa teoria,

954

1851) la banca che abbia disposto di denaro, merci o titoli del debitore deve restituire l'eccedenza rispetto ai crediti garantiti, determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti. Nella cessione dei beni ai creditori, i creditori, dopo avere ripartito tra loro le somme ricavate, in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause di prelazione, debbono restituire il residuo al debitore (art. 1982 c.c.). Nel pegno il creditore può chiedere l'assegnazione in pagamento della cosa fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi con perizia (art. 2798 c.c.). Il creditore pignoratizio di crediti, se il credito è scaduto, può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente (art. 2803 c.c.). Nel pegno di crediti, il creditore pignoratizio non soddisfatto può chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno, fino a concorrenza del suo credito (art. 2804 c.c.). Da queste norme Cass. n. 1625/2015 ricava che «*tutto il sistema del processo esecutivo per espropriazione forzata e di quello fallimentare mira ad assicurare la tutela... del debitore — l'ordinamento permette la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, perché sia tutelato pure il diritto del debitore a pagare al creditore quanto in effetti gli spetti*».

(25) P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, cit., 39; DIENER, *Il contratto in generale*, cit., 102-103. Parzialmente differente la definizione fornita da Putti, voce *Negozio fiduciario*, cit., per il quale si ha fiducia dinamica «allorquando il fiduciario acquisti un bene in nome proprio e per conto del fiduciante, obbligandosi, tuttavia, a seguire le «istruzioni» da quest'ultimo dettate per l'uso del bene stesso» e fiducia statica «allorché il fiduciario sia già proprietario del bene e, nondimeno, si obblighi nei confronti del fiduciante a farne l'uso che questi vorrà». La sentenza che si commenta, richiamando anche la pronuncia della sez. II 7 agosto 1982, n. 4438, nel distinguere la fiducia statica rispetto a quella dinamica, pone in risalto l'*effetto traslativo strumentale* come peculiarità della fiducia dinamica, contrariamente alla fiducia statica caratterizzata dall'assenza di un atto di trasferimento «perché il soggetto è già investito ad altro titolo di un determinato diritto, e il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna a esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto nel *pactum fiduciae*».

(26) Per un'esposizione delle diverse tesi, cfr. BRUNELLI, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, cit., 897-899; DIENER, *Il contratto in generale*, cit., 102-103.

pertanto, l'efficacia obbligatoria è la causa giustificatrice dell'effetto reale. In altre parole, l'elemento peculiare del negozio fiduciario consiste nell'affidamento del fiduciante a che il fiduciario non abusi della posizione giuridica conferitagli, sicché il *pactum fiduciae* (ossia il negozio obbligatorio intercorrente *inter partes*) non è un semplice limite all'effetto traslativo, ma causa della stessa attribuzione patrimoniale (27). Inoltre, a sostegno della presente ricostruzione, è stato puntualizzato che la *causa fiduciae* sarebbe ammissibile sulla base del principio dell'autonomia contrattuale *ex art. 1322 c.c.* che, com'è noto, consente alle parti di dare luogo a negozi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal legislatore, «*purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*».

La tesi in esame muove infatti dalla premessa che le parti possono, con un dato negozio, perseguire anche uno scopo atipico rispetto a quanto previsto dalla normativa, nonché dal fatto che alla tipicità dei diritti reali non corrisponde necessariamente anche una tipicità dei negozi a effetti reali e dalla circostanza per cui l'ordinamento non prevede alcuno schema negoziale idoneo a soddisfare l'intento economico delle parti di un negozio fiduciario. Conseguentemente si ritiene che non sussiste all'interno dell'ordinamento un'impossibilità ad ammettere la validità di un'attribuzione di diritto attuata attraverso un negozio fiduciario causale, di cui è quindi caratteristica un'atipica — nel senso che tramite il predetto negozio le parti perseguono uno scopo che non è specificatamente previsto *ex lege* — *causa fiduciae* (28).

Altra teoria è quella del *collegamento negoziale*: partendo dalla premessa che il contratto fiduciario è il negozio tramite cui si persegue uno scopo altro rispetto alla causa «tipica» del contratto prescelto, lo stesso consisterebbe in due distinti negozi giuridici, collegati sotto il profilo funzionale, in attuazione proprio del programma fiduciario. In specie viene ravvisata la presenza di un negozio *cd. esterno*, avente efficacia reale, ed uno *cd. interno*, avente efficacia obbligatoria. Il primo negozio, quindi, ha carattere positivo e dispiega i suoi effetti *erga omnes*, comportando il trasferimento della titolarità del diritto al fiduciario, mentre il secondo (il *pactum fiduciae*), negativo, ha efficacia obbligatoria *inter partes* e definisce gli obblighi che il fiduciario assume nei confronti del fiduciante — in particolare quello al (ri)trasferimento del bene al fiduciante o al

(27) CORALLO, *Struttura causale e valore della dichiarazione di (ri)trasferimento nel negozio fiduciario relativo all'acquisto di beni immobili*, nota a Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1, 141 ss.

(28) GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 364-378. La teoria che vede il negozio fiduciario come una fattispecie unitaria contraddistinta dalla *causa fiduciae* è stata condivisa anche da una parte della giurisprudenza, cfr. Cass. 19 maggio 1969, n. 1261, citata da LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, cit., 6. Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, con nota di Corallo, cit., 141 ss., e di Patrone, in *Contratti*, 2015, 1, 12 ss. ha stabilito che «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto di realizzare il programma fiduciario mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere differenti sia nel numero che nella tipologia». Contra, CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico*, cit. 35; NITTI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 205, spec. nota 3, che sottolinea come la *causa fiduciae* sia un semplice motivo che giustifica l'intesa fiduciaria.

CASSAZIONE

trasferimento della *res* ad un terzo — limitando e modificando così gli effetti del negozio esterno (29).

È stato altresì sottolineato come sussista un rapporto di subordinazione del negozio obbligatorio rispetto a quello reale, che rappresenta quindi «*un prius logico e giuridico rispetto all'altro*» (30). Inoltre, in questa ricostruzione del negozio fiduciario, la *causa fiduciae* esprime la connessione tra i medesimi contratti, in quanto detto fenomeno si realizza mediante il collegamento tra gli stessi (31). Questa seconda teoria è quella che pare godere del maggior successo sia in dottrina sia tra la giurisprudenza (32).

Infine, si ricordano tre ulteriori teorie, che tentano di definire la collocazione del negozio fiduciario all'interno dell'ordinamento giuridico. Vi è infatti chi lo ritiene essere *un negozio indiretto*, ossia un negozio con cui le parti intendono raggiungere scopi differenti rispetto a quelli tipicamente propri di quell'istituto e corrispondenti invece alla funzione di un negozio diverso (33). Vi è poi chi classifica il negozio fiduciario come *un fenomeno metagiuridico*: l'essenza del fenomeno è data dalla rilevanza della volontà delle parti che *affidano la realizzazione dei propri interessi a forze metagiuridiche, operanti attraverso l'immediata utilizzazione di uno schema giuridico tipico* (34). Da ultimo vi è anche chi mette in discussione la stessa ammissibilità del negozio fiduciario come autonoma categoria giuridica, poiché la *causa fiduciae* si risolverebbe in un'arbitraria e non consentita *astrazione parziale dalla causa del negozio tipico*; secondo questa tesi, la *fiducia non può che essere un motivo inetto a reagire sul negozio* (35); inoltre l'accoglimento della *causa fiduciae* comporterebbe la creazione di un diritto reale atipico, la proprietà fiduciaria, di matrice convenzionale, con una conseguente violazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali (36).

3.1. *Il rapporto con gli istituti affini: simulazione, trust e mandato senza rappresentanza.* — *Dopo aver cercato di riepilogare sommariamente i principali caratteri del negozio fiduciario, si rende opportuno, anche alla luce delle riflessioni svolte supra, delineare le*

(29) CALVO, *Manuale teorico-pratico di diritto civile*, 718-719. Critico rispetto a questa teoria è Cataudella, voce *Negozio giuridico*, cit., 35 secondo il quale il collegamento tra i due negozi sopra descritto comporterebbe da un lato la scissione dell'unità del fenomeno fiduciario e dall'altro la combinazione di due negozi astratti, la cui ammissibilità nel nostro ordinamento viene messa in dubbio.

(30) BRUNELLI, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, cit., 899.

(31) DE TULLIO, *Il negozio simulato*, in *Giur. merito*, 2012, 1, 0006B ss.

(32) Viene infatti condivisa da numerosi autori, come riportato anche da Diener, *Il contratto in generale*, cit., 98. V. anche FORCHINO, *Pactum fiduciae» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, cit.: LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, cit., 8-9; RADOCCIA, *Fiducia e trust*, cit., 1589B ss.; *Contra* Cataudella, voce *Negozio giuridico*, cit. 35. In giurisprudenza v. *ex multis*, Cass., sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785; Cass., sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663.

(33) Cass., sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093; Cass., sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., sez. III, 2 aprile 2009, n. 8024.

(34) LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 454 ss.

(35) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 180 s.

(36) V. *amplius* CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico*, cit. 35, e Nitti, voce *Negozio fiduciario*, cit., 207-208. Della teoria «negatrice» dà atto anche GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., 346-348, nell'ambito della ricostruzione storico-domatica da lui condotta.

maggiori differenze con alcuni istituti, affini al negozio fiduciario, presenti nell'ordinamento giuridico.

In primo luogo è importante sottolineare la differenza intercorrente tra *negozio fiduciario e simulazione*: anche se il risultato finale ottenuto utilizzando questi strumenti offerti dal diritto civile può, in alcune fattispecie, apparire simile, il procedimento giuridico posto in essere è profondamente diverso. Nel negozio simulato, essendo questo fittizio, non viene trasferito alcun diritto al simulato acquirente. Diversamente, il negozio fiduciario è realmente voluto dalle parti ed il fiduciario diviene proprietario sulla *res* con efficacia opponibile *erga omnes* (37). Nel negozio simulato si crea una *interposizione fittizia* di persona mentre nel negozio fiduciario si realizza una *interposizione reale* di persona.

Sono diverse anche *le forme di tutela cui è possibile fare ricorso* nell'uno e nell'altro caso: mentre il simulato alienante può esercitare un'azione di accertamento nei confronti del simulato acquirente al fine di far dichiarare l'inefficacia del trasferimento simulato e quindi la sua posizione soggettiva di proprietario effettivo del bene, il fiduciante può unicamente agire *ex art. 2932 c.c.* per ottenere una sentenza che produca gli effetti del *pactum fiduciae* e quindi l'esecuzione coattiva dell'obbligo del fiduciario di (ri)trasferire il bene oppure — qualora il fiduciario abbia trasferito il bene a terzi o non sia comunque esperibile la summenzionata esecuzione in forma specifica — solamente l'azione per il risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.* (38).

La differenza tra le due fattispecie riguarda anche l'accordo tra le parti e la situazione soggettiva del simulato acquirente e del fiduciario. Nell'interposizione fittizia di persona (o simulazione soggettiva), l'accordo è «a tre», cioè viene perfezionato congiuntamente tra terzo contraente, soggetto interponente e soggetto interposto, il quale non assume alcun obbligo e non acquista alcun diritto dal contratto simulato; nei casi di interposizione reale di persona, il vincolo giuridico si realizza solamente tra terzo

(37) Cass., sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785. Sulla possibile trascrivibilità del *pactum fiduciae* al fine di poterlo opporre ai terzi la giurisprudenza pare tendenzialmente contraria: App. Firenze 30 dicembre 2019, n. 3138; Cass., sez. II, 18 ottobre 1991, n. 11025. Oltre alla natura obbligatoria del patto fiduciario menzionata nelle sentenze soprariportate, si ravvisa un ostacolo di carattere «logico» alla trascrizione dello stesso nella sua (strutturale) segretezza, che verrebbe meno qualora il medesimo accordo venisse trascritto nei pubblici registri, rendendo quindi l'intera operazione verosimilmente poco utile per le parti del negozio. *Contra*, in dottrina, CALVO, *Manuale teorico-pratico di diritto civile*, 719.

(38) TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit. 620-621. Tra le pronunce di legittimità, v. Cass., sez. II, 25 ottobre 2013, n. 24166, secondo cui: «l'eventuale inadempimento all'obbligo assunto dal fiduciario in ordine al trasferimento della proprietà dell'immobile in favore del fiduciante o di terzi è destinato a determinare i suoi effetti tra le parti, esponendo il fiduciario ad una azione di risarcimento danni da parte di quest'ultimo, senza alcuna ripercussione su eventuali diritti acquisiti da terzi sull'immobile e debitamente trascritti o iscritti, come appunto nella fattispecie». Cass., sez. II, 1° aprile 2003, n. 4886, in specie sugli effetti dell'*actio fiduciae*, e Cass., sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663. Quest'ultima pronuncia, in particolare, propone una chiara enunciazione della differenza intercorrente tra negozio fiduciario e simulazione assoluta — cui è sottostante e coevo un accordo con il quale i contraenti dichiarano di non aver voluto alcuno degli effetti giuridici normalmente tipici del negozio apparentemente stipulato — e simulazione relativa, sotto il duplice aspetto di un negozio effettivamente voluto dalle parti dissimulato da un negozio apparente e dalla interposizione fittizia di un contraente in luogo di quello effettivo.

CASSAZIONE

contraente e fiduciario il quale contratta in nome proprio e diviene titolare dei diritti e delle obbligazioni che derivano dal negozio, con l'obbligo di trasferire successivamente la *res* al fiduciante, sulla base di *un accordo fiduciario diverso ed ulteriore rispetto al contratto che ha originato il trasferimento* (39).

Il negozio fiduciario presenta alcune analogie con il *trust* (40), istituto tipico degli ordinamenti di *common law*, con il quale condivide il presupposto fondamentale consistente nella *causa fiduciae* (41), alla base del rapporto tra fiduciante e fiduciario e tra disponente e *trustee*, pur essendo innegabili e fondamentali le differenze di disciplina tra i due istituti. Si differenziano notevolmente le situazioni giuridiche dei soggetti del rapporto (in particolare del fiduciario e del *trustee*) e l'opponibilità della «fiducia» nei confronti dei terzi.

Il fiduciario è titolare di un diritto di proprietà «piena» sulla *res* oggetto del negozio e, in pratica, può disporne liberamente, sussistendo solo un vincolo di natura obbligatoria nei confronti del fiduciante, il quale non può opporre la propria posizione giuridica ad un terzo che abbia eventualmente acquistato diritti sul bene, avendo unicamente la possibilità di esperire un'azione risarcitoria nei confronti del fiduciario per la violazione degli obblighi assunti con il *pactum fiduciae*. La *res* oggetto del negozio fiduciario entra, a tutti gli effetti, nel patrimonio del fiduciario, con la conseguenza che eventuali creditori di quest'ultimo potranno — sulla base del principio della responsabilità generale del debitore espresso dall'art. 2740 c.c. — far valere le proprie pretese anche su quel bene per soddisfare le loro ragioni.

Diversamente, i beni posti sotto il controllo del *trustee* non fanno parte del patrimonio di quest'ultimo, costituendo una massa distinta, un patrimonio separato, non soggetto ad azioni da parte dei creditori personali del *trustee* (cd. effetto segregativo). Inoltre, la destinazione patrimoniale imposta ai beni segregati in *trust* è opponibile ai

958

(39) DE TULLIO, *Il negozio simulato*, cit., 0006B ss., LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, cit., 9-10, Valentini, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*, nota a Cass., sez. II, 13 ottobre 2004, n. 20198, in *Contratti*, 2005, 5, 437 ss.

(40) Si ricorda che l'art. 2 della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985, ratificata dall'Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364 ha definito il *trust* come segue: «Ai fini della presente Convenzione, per *trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente — con atto tra vivi o *mortis causa* — qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il *trust* presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*».

(41) LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 5, 993 ss. Per un'analisi sul rapporto tra negozio fiduciario e *trust*, v. inoltre GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, 548 ss., GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1, 11 ss., e *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 6, 1247 ss., Lupoi, *Si fa presto a dire «trust»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, 669 ss., RADOCCIA, *Fiducia e trust*, cit., 1589B ss.

terzi, tanto che al beneficiario del *trust* viene riconosciuto un diritto di sequela (cd. *tracing*), grazie al quale ha la possibilità, a determinate condizioni, di riottenere il bene dal terzo che lo ha acquistato dal *trustee*; in particolare il terzo, se in male fede, è tenuto alla restituzione al medesimo beneficiario (42).

Particolarmente interessante è, infine, il rapporto tra negozio fiduciario e i cd. negozi di fiducia (43) ed in particolare con il *mandato senza rappresentanza ad acquistare ex art. 1705 c.c.*, accomunati dall'*incarico gestorio che un soggetto conferisce ad un altro soggetto al quale manifesta la propria fiducia*; la vicinanza tra i due istituti ha portato la dottrina ed anche la giurisprudenza ad applicare, per analogia, al negozio fiduciario i risultati interpretativi raggiunti per l'istituto del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, come ricordato anche dalla sentenza in commento. I punti di contatto con il mandato senza rappresentanza sono certamente molto evidenti: in entrambi i casi si ha infatti un'interposizione reale di persona, poiché sia il mandatario, sia il fiduciario divengono titolari di una data posizione giuridica *nomine proprio*. La struttura dei due negozi è poi simile, tanto che a volte può essere difficile definire se la singola fattispecie concreta rientri nell'uno o nell'altro tipo negoziale (44), accompagnandosi anche nel mandato senza rappresentanza ad un negozio reale esterno, il contratto con cui il mandatario acquista dal terzo la *res*, un obbligatorio interno, che definisce i rapporti tra il medesimo mandatario ed il mandante.

4. *Il pactum fiduciae*. — Ci si accinge ora ad affrontare il tema centrale oggetto della sentenza 6459 del 6 marzo 2020: il *pactum fiduciae* concluso nell'ambito di un negozio fiduciario in cui vengono trasferiti diritti reali su beni immobili può essere concluso anche in forma orale o deve rispettare, al contrario, il requisito della forma scritta?

959

(42) LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 993 e ss. V. inoltre PUTTI, voce *Negozio fiduciario*, cit.

(43) NITTI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 205, v. spec. nota 4, li definisce come i negozi che «si fondano sull'*intuitu personae* e che determinano quei rapporti giuridici aventi il loro fondamento in una fiducia sostanzialmente diversa da quella che, per varie ragioni ed anche per tradizione storica, costituisce fiducia in senso tecnico. Tali sono quei negozi in cui si riscontra una caratteristica situazione psichica che spinge uno dei soggetti ad affidare all'altro un proprio interesse economico-giuridico perché ne abbia cura. Sono considerati esempi tipici dei negozi di fiducia i negozi nell'interesse altrui, essendo il fiduciante profano nel campo in cui intende svolgere una determinata attività ed il fiduciario particolarmente competente». Sul diverso ruolo della fiducia nei negozi fiduciari e nei negozi di fiducia, da intendersi non come categoria, ma come serie di negozi, v. BRUNELLI, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, cit., p. 6, che sottolinea come in questi ultimi la fiducia abbia «una funzione meramente psicologica o di semplice motivo». In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. I, 14 ottobre 1995, n. 10768, Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024.

(44) CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, nota a Cass., Sez. II, ord. 5 agosto 2019, n. 20934, cit., 57 ss., MARICONDA, *Una decisione della Cassazione a critica libera» sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*, nota a Cass. civ., Sez. II, 1° aprile 2003, n. 4886, in *Corriere giur.*, 2003, 8, 1042 e ss., spec. nota 2. FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e *mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, cit., segnala che la Cassazione è apparsa invece piuttosto incline a fare confluire il *pactum fiduciae* nell'ambito del mandato senza rappresentanza. La Suprema Corte, in Cass., Sez. I, 23 giugno 1998, n. 6246, ha stabilito che «ciò che rileva è che, in ogni caso, il fiduciario, anche nell'ipotesi 'romanistica', è comunque un mandatario senza rappresentanza del fiduciante, che agisce, nell'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione societaria, in nome proprio ma per conto del fiduciante».

CASSAZIONE

Il *pactum fiduciae* — configurabile in relazione a qualsiasi situazione giuridica reale o personale (45) — è elemento essenziale dei negozi fiduciari, in quanto è grazie a questo particolare accordo che le parti possono perseguire quei «fini ulteriori» che vanno a contraddistinguere (e a giustificare) l'intera operazione posta in essere. È con il *pactum fiduciae* infatti che le parti stabiliscono che l'attribuzione della titolarità del diritto al fiduciario è solo temporanea e soprattutto funzionale al raggiungimento di determinati scopi che sono *diversi ed ulteriori* rispetto al negozio reale esterno posto in essere ed è con lo stesso accordo che si determina pertanto *la creazione di obblighi giuridici in capo al fiduciario*, il cui adempimento è, se necessario, tutelabile giudizialmente da parte del fiduciante.

La questione centrale nella sentenza in commento sulla forma del *pactum fiduciae* non può essere disgiunta dalla ricostruzione della natura giuridica dell'istituto. Ed è su questo aspetto che la sentenza in commento mostra l'accuratezza della sua analisi e le importanti ricadute applicative nella prassi quotidiana.

4.1. *La questione.* — L'ordinanza interlocutoria n. 20934 del 5 agosto 2019 con cui la Seconda Sezione ha disposto la trasmissione degli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni unite *ex art. 374, co. II, c.p.c.*, sembra condividere la tesi del collegamento negoziale a svantaggio della teoria della causa fiduciaria unitaria, prospettando una ricostruzione del negozio fiduciario come un «un collegamento negoziale, attraverso il quale la causa tipica dei negozi posti in essere viene indirizzata allo scopo fiduciario perseguito (la causa concreta) e il fenomeno viene rappresentato come un collegamento negoziale, o, se si vuole, un programma negoziale, attraverso il quale le parti mirano a raggiungere la *causa fiduciae*; di talché l'interno vincolo obbligatorio (con il quale il fiduciario si obbliga, nel rispetto della fiducia al compimento del negozio che ne costituisce adempimento), non autonomamente isolabile, interagisce con l'effetto reale esterno».

Viene quindi dato atto della presenza di due diversi orientamenti — su cui ci si soffermerà *infra* — l'uno, maggioritario, che richiede, a pena di nullità, la forma scritta per il *pactum fiduciae* che concerne diritti reali immobiliari, l'altro (di cui la più rilevante testimonianza è contenuta in Cass. civ., Sez. III, sent. 15 maggio 2014 n. 10633) che, sottolineando l'aspetto teleologico del programma fiduciario, ritiene possibile ed efficace anche il patto fiduciario orale.

In considerazione del contrasto giurisprudenziale viene chiesto alle Sezioni unite di stabilire quale forma debba avere l'impegno assunto dal fiduciario nei confronti del fiduciante a (ri)trasferirgli il compendio immobiliare. Questione ulteriore, ma collegata, è quella se la dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna unilateralmente al trasferimento della *res* sia, *de facto*, in grado di sopperire all'assenza del *pactum fiduciae* scritto.

A fronte dell'orientamento prevalente, che esclude tale possibilità, con la stessa pronuncia con cui il *pactum fiduciae* concluso oralmente è stato considerato valido ed efficace, si è, invece, ritenuto che la dichiarazione unilaterale «*può costituire autonoma fonte dell'obbligazione ivi descritta per il soggetto che la sottoscrive*» (46) e che è pertanto possibile, sulla base della stessa, chiedere ed ottenere una pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, al

(45) FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto, cit.

(46) Così Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633. V. *amplius infra*.

fine di conseguire l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto di (ri)trasferimento assunto, ma non adempiuto, da parte del fiduciario.

Le Sezioni unite si sono occupate anche del ruolo e degli effetti dell'eventuale dichiarazione scritta unilaterale del fiduciario contenente l'impegno, nei confronti del fiduciante, ed in particolare della sua idoneità a supplire all'assenza della forma scritta nel *pactum fiduciae*.

4.2. *I precedenti: l'orientamento dominante.* — Si è accennato *supra* come secondo l'orientamento giurisprudenziale che negli ultimi anni pare aver (di gran lunga) goduto di maggior successo, l'impegno al trasferimento al fiduciante da parte del fiduciario, cui era stato precedentemente intestato l'immobile, deve avere necessariamente forma scritta, in considerazione delle peculiari esigenze di responsabilizzazione del consenso e certezza dell'atto che vengono coinvolte in queste fattispecie. La stessa forma è infatti richiesta *ad substantiam* partendo dal presupposto per cui il patto fiduciario — sotto il profilo dell'assunzione del citato obbligo da parte del fiduciario a compiere la dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto di trasferimento della *res* al fiduciante — viene assimilato al contratto preliminare. Tale equiparazione viene ravvisata sia per una stretta somiglianza sotto un profilo strutturale, sia per la similitudine effettuale. A ciò consegue il requisito della forma scritta sulla base di un'applicazione analogica del combinato disposto degli artt. 1350, n. 1, e 1351 c.c. (47).

Tra le numerose pronunce di legittimità nelle quali viene espressamente sancito il requisito della forma scritta *ad substantiam* per la validità *pactum fiduciae*, si riporta — al fine di meglio comprendere l'*iter* argomentativo alla base dell'orientamento giurisprudenziale in parola — quanto stabilito dalla Suprema Corte nelle sentenze nn. 5663/1988 e 5565/2001, che, per le motivazioni proposte, paiono rappresentare un precedente molto significativo per la successiva evoluzione della giurisprudenza sul punto.

In particolare nella prima pronuncia la Cassazione ha osservato che «deve ritenersi che il patto di fiducia, prevedente la situazione giuridica a lui realmente facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, sia soggetto, qualora riguardi beni immobili, alla forma scritta *ad substantiam*. Considerato infatti che la *ratio*

(47) Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093 ha stabilito che «se il *pactum fiduciae* riguarda beni immobili, occorre che esso risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. impone la stessa forma del contratto definitivo (Cass. 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, secondo cui la mancanza dell'atto scritto non può essere surrogata neppure da una dichiarazione confessoria dell'altra parte; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024) e per tale motivo 'l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza (art. 2729 c.c., comma 2 e art. 2725 c.c., comma 2)' (così Cass. 1 aprile 2018, n. 9010)». *Ex multis*, v. anche Cass., Sez. II, 9 dicembre 2019, n. 32108; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2019, n. 31570; Cass., Sez. I, 11 aprile 2018, n. 9010; Cass., Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, in *Riv. not.* 2011, 6, 1429 ss.; Cass., Sez. II, 13 ottobre 2004, n. 20198, con nota di Valentini, cit., 437 ss.; Cass., Sez. II, 13 aprile 2001, n. 5565; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1995, n. 10768; Cass., Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024; Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663; App. Roma, Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 327. In dottrina Brunelli, *Negozio fiduciario e imposte indirette*, cit., 907; Putti, voce *Negozio fiduciario*, cit.

CASSAZIONE

della essenzialità della forma scritta prevista dall'art. 1350 per i contratti in esso elencati, risiede nella esigenza della certezza (requisito indispensabile data la rilevanza economico-sociale dei contratti stessi) e che alla medesima *ratio* è ispirato anche l'art. 1351 per il contratto preliminare, non par dubbio che la medesima disciplina debba applicarsi per il patto di fiducia, sostanzialmente assimilabile al preliminare in relazione all'obbligo di emettere la dichiarazione di volontà di concludere il contratto voluto dal fiduciante. Quanto al contenuto della scrittura documentante il patto, pur dovendosi escludere l'uso di formule sacramentali, è indispensabile che dalla scrittura stessa risultino chiaramente l'esistenza dell'obbligo del fiduciario e gli elementi essenziali del negozio che egli deve stipulare» (48).

L'orientamento è stato confermato nella successiva sentenza del 2001 secondo la quale: «va osservato che il negozio fiduciario, quando inerisca al trasferimento di beni immobili, deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*, quale elemento essenziale di sua validità *ex art. 1350 c.c.* (v. Cass. n. 5663/88, n. 6024/93 e n. 1086/95), e che una forma siffatta non può essere sostituita dalla dichiarazione confessoria di una delle parti, non potendo essa dichiarazione essere utilizzata né come elemento integrante il contratto, né come prova dello stesso contratto (v. Cass. n. 880/70, n. 1811/90 e n. 4709/97), il quale, peraltro, non è dimostrabile tramite testimonianze, all'infuori dell'ipotesi eccezionale di perdita incolpevole del documento (art. 2725 comma secondo, c.c., in relazione all'art. 2724 n. 3 c.c.), nella specie esclusa dalla Corte di merito senza doglianze di sorta del ricorrente» (49).

È stato, inoltre, ritenuto sussistente un collegamento tra il summenzionato art. 1351 c.c. e l'art. 2932 c.c.: se l'art. 2932 è applicabile a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre (e sono numerosi i casi in cui tale norma è stata applicata a negozi fiduciari), allora anche l'art. 1351 c.c. deve valere, in via analogica, per tutti i contratti che obbligano le rispettive parti a stipulare un ulteriore negozio formale. Da ciò discende la necessità di un atto negoziale con struttura bilaterale e dispositiva e non è quindi sufficiente la dichiarazione unilaterale del fiduciario, poiché la ricognizione, anche se per iscritto, operata a posteriori di un atto che non ha originariamente rispettato i requisiti di forma, ed è quindi nullo, non vale a supplire i difetti di quest'ultimo (50).

(48) Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663.

(49) Cass., Sez. II, 13 aprile 2001, n. 5565.

(50) V. Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093, citata *supra*. Si richiama inoltre Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163, citata anche dalle Sezioni unite, ove si è stabilito che: «La doglianza non ha pregio, proprio in relazione all'evidenziata nullità del *pactum fiduciae* per carenza di forma scritta; da ciò deriva che nessun rilievo può assumere il cd. bianco segno rilasciato dalla S. al marito, a conferma del *pactum fiduciae* intervenuto tra lei e B.G. in occasione della vendita della cascina, trattandosi di una mera dichiarazione confessoria, cioè di un atto unilaterale della sola S., che non può valere né quale elemento integrante il contratto, né come prova del medesimo (Cass. n. 9687 del 18.6.2003). È stato al riguardo precisato in termini che '... in tema di contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà immobiliare (e relativi preliminari), il requisito della forma scritta prevista '*ad substantiam*' comporta che l'atto scritto, costituendo lo strumento necessario ed insostituibile per la valida manifestazione della volontà produttiva degli effetti del negozio con efficienza pari alla volontà dell'altro contraente, non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né — quando anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto — come prova del medesimo; pertanto, il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il

Secondo questo orientamento, il fiduciante, in conformità con i dettami di carattere generale in tema di onere probatorio sanciti dall'art. 2697 c.c., deve allegare in giudizio il *pactum fiduciae* scritto al fine di ottenere, oltre al risarcimento del danno, la pronuncia della sentenza di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

4.3. (Segue) *I precedenti: il valore della produzione in giudizio della dichiarazione contro la parte dalla quale proviene.* — Nell'ambito della ricostruzione storico-giuridica operata, le Sezioni unite danno altresì atto di alcune pronunce che, aderendo all'orientamento che richiede per il *pactum fiduciae* relativo a diritti reali su immobili il requisito della forma scritta *ad substantiam*, ritengono che *la produzione in giudizio di una scrittura, da parte di chi non l'ha sottoscritta, contro la parte dalla quale proviene, equivalga al perfezionamento dell'accordo bilaterale*: in pratica il deposito agli atti di una dichiarazione sottoscritta dalla controparte, invocandone a proprio favore gli effetti, corrisponde — se l'altra parte non ha nel frattempo revocato il proprio consenso — ad una (tacita) accettazione da parte di chi la allega, sicché deve ritenersi integrato sia il requisito della necessaria consensualità sia quello della forma scritta (51).

Tale ricostruzione, nel momento in cui attribuisce un valore negoziale (diretto al perfezionamento di un contratto) alla produzione in giudizio di dichiarazioni unilaterali pone indubbe *difficoltà di ricostruzione sistematica e di compatibilità con il disposto dell'art. 1988 c.c.* La produzione in giudizio, da parte del fiduciante, della dichiarazione unilaterale del fiduciario, che riconosce la posizione del fiduciante, produrrebbe effetti non solamente probatori ma sostanziali, consistenti nell'accettazione della proposta contrattuale diretta alla conclusione del *pactum fiduciae*. È evidente la distanza dal valore

documento costituisca l'estrinsecazione formale diretta della volontà negoziale delle parti e non anche quando esso si limiti a richiamare un accordo altrimenti concluso, essendo in tal caso necessario che anche tale accordo rivesta la forma scritta e contenga tutti gli elementi essenziali del contratto non risultanti dall'altro documento, senza alcuna possibilità di integrazione attraverso il ricorso a prove storiche, non consentite dall'art. 2725 c.c.' (Cass. n. 7274 del 7.7.2005)». Sulla circostanza per cui le promesse di pagamento e le ricognizioni di debito non possono rappresentare un'autonoma fonte di obbligazione, ma hanno solamente un effetto conservativo di un preesistente rapporto fondamentale, realizzando, ex art. 1988 c.c., unicamente un'astrazione processuale, cui consegue l'inversione dell'onere della prova, vi è copiosa giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass., Sez. II, 30 ottobre 2019, n. 27923; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20689; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2104; Cass., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 13506; Cass., Sez. lav., 8 agosto 2007, n. 17423. Inoltre, la giurisprudenza di legittimità, come ricordato da Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, è pervenuta ad identiche conclusioni anche con riferimento alle promesse cd. titolate. In dottrina sulla natura e gli effetti degli atti unilaterali, v., *inter alia*, NOBILI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 7-12.

(51) Cass., Sez. II, 1 aprile 2003, n. 4886, con nota di Mariconda, cit., 1042 ss. Di tale teoria si trovano plurime testimonianze in giurisprudenza (in controversie però afferenti questioni non correlate al negozio fiduciario), v. Cass., Sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., Sez. II, 20 agosto 2014, n. 18079; Cass., Sezioni unite, 2 dicembre 2010, n. 24418, ove è stato stabilito quanto segue «Il ricorrente non contesta il consolidato principio giurisprudenziale al quale la corte d'appello si è richiamata, e cioè che la produzione in giudizio di una scrittura privata ad opera della parte che non l'abbia sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e pertanto perfeziona il contratto in essa contenuto, purché la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato (cfr. Cass. 12 giugno 2006, n. 13548; Cass. 16 maggio 2006, n. 11409; Cass. 8 marzo 2006, n. 4921, e numerose altre conformi)».

CASSAZIONE

meramente probatorio attribuito alla promessa di pagamento ed alla ricognizione di debito dall'art. 1988 c.c.

Il descritto meccanismo di sostanziale equivalenza della produzione in giudizio di una scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, contro la parte dalla quale proviene, rispetto alla produzione dell'accordo, non appare applicabile al *pactum fiduciae*, essendo configurabile esclusivamente per le ipotesi in cui *un soggetto dispone di un contratto (o di un'espressa proposta contrattuale) sottoscritto dall'altra parte e la relativa produzione in giudizio non può che corrispondere all'accettazione di chi non l'ha materialmente firmata* (52). La fattispecie *de qua* — trattandosi di una dichiarazione unilaterale ricognitiva di un precedente rapporto fiduciario — è profondamente differente e, applicando lo stesso meccanismo alla sua produzione in giudizio, *si modificherebbe la natura della dichiarazione unilaterale del fiduciario trasformandola in una proposta contrattuale*.

4.4. (Segue) *I precedenti: la possibilità di un pactum fiduciae orale e di una dichiarazione unilaterale quale autonoma fonte di obbligazione.* — In questo quadro giurisprudenziale, appare dirompente il portato della già menzionata sentenza n. 10633/2014 della terza sezione della Suprema Corte. Tale pronuncia abbandona infatti la teoria del collegamento tra due distinti negozi, uno esterno reale ed uno interno obbligatorio, prediligendo invece la concezione del *negozio fiduciario come unica operazione, contraddistinta da una causa unitaria, consistente nella realizzazione del programma fiduciario, a prescindere dal fatto che per la realizzazione dello stesso si siano resi necessari diversi «step» giuridici di differente tipologia: la fiducia è la causa dell'intera operazione economica che si articola in più negozi* (53).

964

Partendo da tale argomentazione, nonché dall'osservazione di come spesso il patto fiduciario si realizza nella prassi dei rapporti familiari o di amicizia, e quindi dalla frequenza delle ipotesi in cui il *pactum fiduciae* non ha la forma scritta ma il fiduciario si impegna con scrittura unilaterale ad adempiere in futuro le obbligazioni assunte, la Cassazione ha ritenuto che «L'impegno di ritrasferimento, che trae le sue origini dal *pactum fiduciae* concluso oralmente dai coniugi, ha una sua autonoma fonte nella dichiarazione unilaterale del 16.3.2001, riprodotta integralmente dal V. nel ricorso, che costituisce un atto unilaterale ricognitivo del precedente negozio fiduciario tra le parti e sulla base ed in esecuzione di quell'accordo contiene ed esprime chiaramente un impegno attuale in capo alla moglie».

Si ritiene opportuno, al fine di meglio comprendere il contrasto che ha portato all'intervento delle Sezioni unite, accennare ai più rilevanti passaggi del percorso argomentativo proposto dalla sentenza n. 10633/2014. È stata sancita la validità del *pactum fiduciae* concluso oralmente (54), per il quale non sussiste, quindi, alcun vincolo di forma.

(52) V. *amplius* MARICONDA, *Una decisione della Cassazione a «critica libera» sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*, cit., 1042 ss.

(53) Come puntualizzato anche da CORALLO, *Struttura causale e valore della dichiarazione di (ri)trasferimento nel negozio fiduciario relativo all'acquisto di beni immobili*, cit., 141 ss., in tale pronuncia la Cassazione dimostra di condividere quella teoria per cui il negozio fiduciario è un negozio causale di cui è caratteristica l'atipica *causa fiduciae*. Circa tale orientamento dottrinale v. *amplius supra*.

(54) Per quanto rare, sono presenti nella giurisprudenza di legittimità altre testimonianze dell'orientamento che consente la forma orale del *pactum fiduciae*, in particolare si ricorda Cass., sez. III, 30 gennaio 1985, n. 560, menzionata anche dalle Sezioni unite nella

Inoltre, alla dichiarazione unilaterale di impegno del fiduciario è stata riconosciuta «autonoma dignità atta a costituire fonte di obbligazioni», in quanto diretta ad attuare l'accordo fiduciario preesistente, sicché la stessa è in grado di azionare in giudizio il rimedio disciplinato ex art. 2932 c.c. (55).

Nel caso *de quo* la Suprema Corte ha infatti osservato che una dichiarazione unilaterale può essere, oltre che promessa di pagamento avente valore ricognitivo rispetto ad un impegno ad essa esterno, «autonoma fonte dell'obbligazione ivi descritta per il soggetto che la sottoscrive, qualora essa contenga la chiara enunciazione dell'impegno attuale del soggetto ad effettuare una determinata prestazione in favore di altro soggetto, ai sensi dell'art. 1174 c.c.». Di seguito, ha sottolineato come l'art. 2932 c.c. possa essere applicato anche in presenza di un impegno unilaterale avente i requisiti essenziali per consentire il trasferimento di proprietà (56).

Questa interpretazione, che non sarà seguita dalle Sezioni unite, sembra presentare una intima contraddizione: da un lato riconosce validità al patto fiduciario orale, dall'altro radica la fonte di obbligazione per il fiduciario nella sua dichiarazione unilaterale, con evidenti problemi di compatibilità con il principio di tipicità espresso dall'art. 1987 c.c. per le promesse unilaterali.

Ciononostante va riconosciuto alla pronuncia del 2014 di aver offerto una ricostruzione del negozio fiduciario differente rispetto a quella dominante secondo la quale lo stesso viene sostanzialmente equiparato al contratto preliminare e dove viene completamente ignorata la prassi sociale, da cui spesso nasce il negozio fiduciario, fatta di rapporti personali di amicizia, convivenza o parentela che comportano una certa reticenza a sottoscrivere un contratto, preferendosi una dichiarazione unilaterale proveniente dal solo fiduciario.

5. *Il percorso argomentativo seguito da Cass. civ., Sezioni unite, 6 marzo 2020, n. 6459 e l'innovativa interpretazione proposta dalla Suprema Corte.* — Dopo aver diffusamente ricostruito le diverse teorie sulla natura del negozio giuridico e i differenti orientamenti giurisprudenziali sulla forma del *pactum fiduciae*, le Sezioni unite giungono ad una conclusione sostanzialmente innovativa, ritenendo che il rapporto che viene a realizzarsi tra fiduciante e fiduciario non vada ricondotto al contratto preliminare, bensì al mandato senza rappresentanza.

5.1. *La classificazione del negozio fiduciario: tra mandato senza rappresentanza e*

sentenza in epigrafe, la cui massima è riportata in *Dir. e giur.*, 1987, p. 268: «Deve rivestire 'ad substantiam' forma scritta il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del 'pactum fiduciae', ma non anche quest'ultimo».

(55) Al riguardo, occorre sottolineare come la Suprema Corte sembri riconoscere importanza anche ad una prassi dovuta a motivazioni più sociali che giuridiche; viene infatti sottolineato nella pronuncia n. 10633/2014 come accada frequentemente che il *pactum fiduciae* non sia scritto, impegnandosi solamente il fiduciario con scrittura unilaterale ad adempiere in futuro le obbligazioni assunte.

(56) Ovvero, spiega la sentenza, «un impegno attuale del promittente a cui lo stesso non abbia dato volontariamente corso, benché il termine sia scaduto o, come in questo caso, in mancanza di termine, benché a ciò sia stato inutilmente sollecitato dalla controparte, e l'indicazione precisa degli immobili oggetto dell'impegno di ritrasferimento, nonché la forma scritta prescritta dalla legge *ad substantiam* per il trasferimento della proprietà dei beni immobili».

CASSAZIONE

contratto preliminare. — La Suprema Corte prende posizione, nella qualificazione del rapporto interno tra fiduciante e fiduciario, e *considera il pactum fiduciae assimilabile all'istituto del mandato senza rappresentanza* (57). La dottrina che si è maggiormente occupata del mandato ha chiarito che il contratto di mandato è la figura generale e paradigmatica di ogni forma di cooperazione giuridica, dell'agire per conto di altri, con un intrinseco vincolo di comportamento del mandatario per la realizzazione dell'interesse altrui; il mandato è collegato alla fiducia in quanto entrambi gli istituti hanno in comune la cura di interessi altrui, attuata mediante l'interposizione di un soggetto che ha il compito di una gestione sostitutiva (58). Nella disciplina del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili — strumento disposto dal legislatore per avvalersi della cooperazione giuridica di un altro soggetto nell'acquisto di un immobile — sono ricompresi l'obbligo legale di (ri)trasferimento in capo al fiduciario (art. 1706, comma 2, c.c.) nonché l'attività gestoria del mandatario; attività che nel contratto fiduciario andrà posta in essere dal momento in cui il bene viene conferito al fiduciario sino alla successiva alienazione a favore del fiduciante. Entrambe le figure, mandato senza rappresentanza e negozio fiduciario, comportano un'interposizione reale di persona, sicché sembra plausibile, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato per descrivere la singola fattispecie, l'applicazione della stessa disciplina per entrambi gli istituti (59).

In secondo luogo, vanno evidenziate *le nette differenze invece intercorrenti tra negozio fiduciario e contratto preliminare*: nonostante in entrambi i casi si ravvisi, nell'ambito del rapporto posto in essere, un momento iniziale strumentale a quello finale, gli interessi che ci si propone di perseguire con i due istituti sono radicalmente differenti. Mentre *nel contratto preliminare* l'effetto obbligatorio è strumentale ed anteriore rispetto all'effetto reale e l'obbligo di trasferire è funzionale alla realizzazione di una funzione commutativa, *nel negozio fiduciario* l'effetto obbligatorio si innesta su un effetto reale già esistente, conformandolo all'effettiva volontà delle parti e rendendo possibile il raggiungimento dello scopo realmente perseguito, ulteriore rispetto a quello prodottosi con il contratto traslativo. Sul punto, in maniera chiarissima, la sentenza che si commenta stabilisce che «la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante. Inoltre, l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario — analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706 c.c., comma 2) — si ha

(57) La sentenza in epigrafe richiama Cass., sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798.

(58) Alcaro, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Utet, 2011, *sub* art. 1704, 342 s.

(59) GALLO, *Il contratto fiduciario*, cit., 55 ss., propende per la qualificazione del rapporto tra fiduciante e fiduciario in termini di mandato e per l'applicazione al rapporto interno tra le parti del regime tipico del mandato: il mandante è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 c.c.); è tenuto a rimborsare al mandatario le anticipazioni da questo effettuate ed a corrispondergli il compenso che gli spetta (art. 1720 c.c.); il mandante può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705, comma 2, c.c.); può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario (art. 1706, comma 1, c.c.); il mandatario è obbligato a ritrasferire al mandante le cose immobili acquistate (art. 1706, comma 2, c.c.).

un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina».

Sulla base di tali, convincenti, argomentazioni è stata conseguentemente ritenuta impraticabile l'equiparazione tra negozio fiduciario e contratto preliminare, con il conseguente superamento dell'orientamento prevalente che applicava al negozio fiduciario analogicamente l'art. 1351 c.c. e l'obbligo di forma ivi contenuto.

La mancanza della forma scritta nel *pactum fiduciae* non è stata ritenuta di ostacolo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferimento inadempito ex art. 2932, poiché tale rimedio può trovare applicazione anche per i casi in cui l'obbligo di trasferire riguarda beni mobili ed è quindi contenuto in accordi orali (60).

5.2. *L'assenza di particolari oneri di forma per la validità del pactum fiduciae.* — Una volta ricondotto il *pactum fiduciae* all'interno dello schema del mandato senza rappresentanza, è necessario, al fine di stabilire se tale contratto atipico sia soggetto o meno al vincolo di forma, definire se lo stesso debba essere ricompreso tra quei contratti a c.d. «struttura debole» (per i quali il legislatore non prescrive il requisito della forma scritta) o, al contrario, tra quelli a c.d. «struttura forte» (nei quali il requisito della forma scritta concorre ad integrare la fattispecie).

In dottrina è stata evidenziata la peculiarità del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili che «non produce effetti traslativi automatici ed è quindi inidoneo a determinare *ex se* la circolazione di diritti reali immobiliari»; si differenzia dalla promessa traslativa che «è fonte di un'obbligazione vincolante il promittente a trasferire al promissario la proprietà di un determinato bene, mentre il mandato ad acquistare è caratterizzato da un'articolata finalità gestoria la quale comprende l'incarico assunto dal mandatario ad acquistare in nome proprio il bene dal terzo, di custodirlo e di ritrasferirlo *solvendi causa* al mandante oppure ad altro soggetto da questi indicato» (61). È stata efficacemente evidenziata l'oggettiva autonomia che il mandato riveste nella vicenda circolatoria dei beni, consistendo esso nell'assunzione di un incarico a compiere, sostitutivamente, determinati atti giuridici, con conseguente regolamento di diritti e obblighi di tale impegno, da cui deriverebbe la non ravvisabilità di quel collegamento, diretto e funzionale, che giustifica l'esigenza della stessa forma, a pena di nullità, nella sequenza procura-negozio rappresentativo (62).

Questa impostazione dottrinale è stata recepita da un'importante recente pronuncia della Cassazione (63) relativa ad una fattispecie di mandato senza rappresentanza, che si distingue significativamente rispetto agli arresti giurisprudenziali precedenti. All'esito di un articolato percorso giuridico-argomentativo, la Suprema Corte ha ritenuto che «le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale relativo requisito di validità del contratto traslativo del

(60) CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 4, 1309 ss.

(61) CALVO, *La proprietà del mandatario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., 67 e 68; Id., *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, 110 ss.

(62) ALCARO, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, cit., *sub* art. 1707, 358.

(63) Cass., sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051, con note di BUDA, *Contratti*, 2014, 7, 675 ss., MARICONDA, in *Corr. giur.*, 2013, 12, 1504 ss.; PALMA, *La Cassazione ritorna sulla forma del mandato ad acquistare: un vero «revirement»?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 2, 675 ss.

CASSAZIONE

diritto reale sul bene immobile, non si pongono in realtà con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, che non costituisce fonte di alcun atto di dismissione di un diritto di proprietà o altro diritto reale su bene immobile in capo al mandante ma determina l'insorgenza di un mero diritto del medesimo al compimento dell'attività gestoria da parte del mandatario. Tali esigenze si pongono invece in relazione all'atto di acquisto del diritto reale da parte del mandatario in nome proprio, e, successivamente, per l'atto di ritrasferimento che il mandatario è *ex lege* (art. 1706 c.c., comma 2) obbligato a porre in essere in esecuzione del rapporto di gestione al fine di realizzare l'effetto reale immobiliare in capo al mandante. A tale stregua, solo per tali atti la forma scritta deve ritenersi costituire requisito essenziale, a pena di nullità, in base alla regola generale *ex art. 1350 c.c., comma 1, n. 1. Non anche per il mandato*».

Alla luce di tali osservazioni, è possibile pertanto concludere che tra fiduciante e fiduciario (allo stesso modo che tra mandante e mandatario), trova applicazione il solo rapporto interno, per il quale non sussiste alcun requisito di forma scritta, richiesta solo per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo al fiduciario (o al mandatario) del bene proveniente dal terzo e nel successivo negozio a favore del fiduciante (o del mandante). Nel rapporto interno sorgono infatti, come si è visto, effetti solo obbligatori, che non comportano quindi problematiche di responsabilità del consenso o certezza dell'atto (64).

Appaiono particolarmente utili le differenze messe in evidenza in dottrina tra il mandato ed il preliminare: mentre quest'ultimo è fonte di un'obbligazione che vincola il promittente a trasferire una *res*, il mandato ed il negozio fiduciario sono caratterizzati da un'ampia finalità gestoria, che ricomprende al suo interno numerosi obblighi, tra cui certamente quello al futuro (ri)trasferimento al fiduciante, ma anche quello di acquistare lo stesso bene dal terzo e quello di un'eventuale attività di custodia da svolgersi tra l'una e l'altra operazione (65).

Infine, in considerazione del principio di libertà delle forme vigente nel nostro ordinamento, si sottolinea che *non è ammissibile, in conformità a quanto previsto dall'art. 14 disp. prel., un'applicazione analogica dell'art. 1351 c.c.* essendo questa una norma eccezionale. Per di più, diversamente opinando, e ritenendo vincolata la forma di qualsiasi contratto afferente diritti su beni immobili, si rischierebbe di giungere alla conclusione per cui l'elenco di cui all'art. 1350 c.c. non è tassativo ma meramente esemplificativo (66). Si consideri, inoltre, che il combinato disposto degli articoli 1325, n.

(64) La Suprema Corte ribadisce quindi, nella sentenza in epigrafe, la necessità della forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 1, c.c. per il contratto di acquisto dell'immobile dal terzo venditore da parte del fiduciario e per il successivo atto di trasferimento ad opera del medesimo ed a favore del fiduciante o della persona da lui indicata.

(65) CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, cit., 1309 ss., spec. nota 4. L'Autore in particolare osserva che «L'effetto reale non esaurisce la causa del mandato all'acquisto, laddove il preliminare è invece penetrato dal programma traslativo che si eleva a nervatura centrale della fattispecie preparatoria». Per un'analisi della forma del mandato senza rappresentanza in correlazione anche alla natura del medesimo istituto, v. BUDA, *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *Contratti*, 2016, 3, 267 ss.

(66) CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, cit., 1309 ss. Al riguardo pare poi opportuno notare come le Sezioni unite richiamino Cass., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654 che, seppur nell'ambito di una controversia ove ha luogo un'intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente, pare volersi soffermare anche sulla disciplina

4, c.c. [che include la forma tra i requisiti del contratto «quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità»] e 1350, n. 13, c.c. [che dopo l'elenco dei contratti che devono farsi per iscritto rinvia «agli altri atti specialmente indicati dalla legge»] è tradizionalmente considerato l'espressione del *principio della libertà delle forme* che, da una parte, evita il proliferare di situazioni di incertezza sulla forma del contratto e, dall'altra parte, garantisce all'autonomia privata di scegliere il mezzo di espressione della volontà, con parole, scritti o condotte utili ad attribuire un significato espressivo della volontà e percepibile dai destinatari, salvo le ipotesi specificamente stabilite dalla legge a garanzia della prova del fatto documentato oppure della maturazione di un consenso informato (67).

La sentenza in commento, correttamente, ha ammesso la possibilità di ricorrere al rimedio della esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 c.c. rispetto all'obbligo, inadempito, del fiduciario di (ri)trasferire il bene al fiduciante, nonostante il *pactum fiduciae* non avesse la forma scritta. In dottrina si è chiarito che «l'area di applicazione dell'art. 2932 c.c. è più ampia della norma contemplata dall'art. 1351 c.c., essendo l'esecuzione in forma specifica (eccettuate le ipotesi di esclusione dal titolo, impossibilità derivanti da contratti reali e domande processuali condizionate) possibile e utilizzabile per ogni ipotesi di obblighi a contrarre. Si è osservato altresì come il ricorso all'art. 2932 c.c. non sia precluso da un titolo mancante della forma scritta, ancorché sia più difficile provarne la sussistenza (ma questo incide unicamente sull'onere della prova dell'esistenza del titolo, non già sulla possibilità giuridica di una esecuzione materiale). Ne consegue che l'art. 2932 c.c., rimedio comune sia al mandato che al preliminare, non può essere utilizzato quale argomento per assoggettare il primo agli stessi oneri formali del secondo» (68).

In tema di forma del *pactum fiduciae*, le Sezioni unite affermano che «l'accordo concluso verbalmente è fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare. Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi un problema di prova, non di validità del *pactum*» e, conseguentemente, enunciano il seguente principio di diritto: «Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario».

5.3. *Il ruolo e la rilevanza della successiva dichiarazione unilaterale di impegno al trasferimento.* — Venendo ora al valore da attribuire alla dichiarazione scritta del fiduciario, con cui l'interposto, riconosciuta l'instestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento finale,

generale dell'istituto in esame e con specifico riferimento alla forma afferma che: «Trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, e, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, il *pactum fiduciae* non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma».

(67) CALVO, *La proprietà del mandatario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., 67 ss.

(68) ALCARO, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, cit., *sub* art. 1707, 359, nota 57.

CASSAZIONE

le Sezioni unite, pur confermando la rilevanza della dichiarazione, si discostano dalle interpretazioni, sopra analizzate, fornite da Cass. n. 10633/2014 (69) e da Cass. 20051/2013 (70).

La sentenza afferma chiaramente che, stante la validità del *pactum fiduciae* concluso in forma orale, *il fiduciante è già in possesso di un valido titolo per agire ai fini dell'ottenimento di una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.*, in tal modo superando le criticità in cui era incorsa la motivazione della citata pronuncia del 2014, che aveva riconosciuto alla dichiarazione unilaterale di impegno del fiduciario l'idoneità a costituire fonte dell'obbligazione.

Sicché la dichiarazione unilaterale non varrà quale titolo su cui fondare la domanda del fiduciante, ma piuttosto, come *prova (estremamente utile) dell'esistenza del pactum fiduciae, poiché in sua assenza potrebbe risultare difficoltoso per il fiduciante provare in giudizio l'intervenuta conclusione del predetto accordo*. La citata dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del (ri)trasferimento è infatti un atto riconducibile all'istituto della promessa di pagamento *ex art. 1988 c.c.*, la quale norma prevede espressamente che «*La promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale. L'esistenza di questo si presume fino a prova contraria.*».

In linea con la norma codicistica, le Sezioni unite sottolineano quindi come la dichiarazione unilaterale non sia fonte dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire l'immobile al fiduciante (funzione questa svolta dal *pactum fiduciae*), ma comporti unicamente la *relevatio ab onere probandi* (71). Ha infatti luogo un'astrazione processuale che non fa venir meno la necessità di un rapporto fondamentale, la cui esistenza è però ora presunta *iuris tantum*, con una conseguente inversione dell'onere della prova a discapito del fiduciario che dovrà, eventualmente, dimostrare l'inesistenza, l'invalidità, l'inefficacia, l'avvenuta estinzione o il diverso contenuto del *pactum fiduciae* rispetto a quanto emerge dalla medesima dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del (ri)trasferimento da lui sottoscritta.

Pertanto, le Sezioni unite, con riferimento alla più volte citata dichiarazione unila-

(69) Ove la dichiarazione unilaterale era stata riconosciuta come «autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». V. *amplius supra*.

(70) In questo caso la Cassazione aveva ritenuto che: «A fondare la domanda di applicazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* ben può invero considerarsi idoneo e sufficiente anche un atto come nella specie complesso, ricognitivo e unilaterale d'impegno (v. Cass., 18/1/1985, n. 136), pur se redatto successivamente (cfr. Cass., 11/12/2000, n. 15575; Cass., 17/3/1993, n. 3173; Cass., 2/7/1991, n. 7269; Cass., 8/7/1983, n. 4618) all'acquisto da parte del mandatario del diritto reale sul bene da ritrasferire al mandante».

(71) Sulla impossibilità della dichiarazione unilaterale di rappresentare autonoma fonte di obbligazione, comportando unicamente un'inversione dell'onere della prova, nonché per i relativi riferimenti giurisprudenziali, v. *supra*. Con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale concernente la possibilità o meno di ritenere efficaci dichiarazioni ricognitive di diritti reali altrui, v. *amplius* Valentini, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*, cit., 437 ss.; BOTTONI, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, 467 ss.

terale del fiduciario ricognitiva dei suoi obblighi nei confronti del fiduciante, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «*La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della contra se pronuntiatio, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria*».

6. *Osservazioni conclusive.* — La sentenza che si commenta, ribaltando un orientamento contrapposto fortemente consolidato, ha individuato la soluzione che meglio si adatta alla realtà concreta delle operazioni immobiliari fondate sulla fiducia nell'ambito dei rapporti familiari, sostenendola con un'ampia e convincente motivazione in cui ha analizzato la natura dei diversi segmenti di cui si compone il rapporto fiduciario ed in particolare la netta distinzione dell'accordo interno tra fiduciante e fiduciario, avente effetti meramente obbligatori ed assimilabile al mandato senza rappresentanza ad acquistare un bene immobile, rispetto all'acquisto immobiliare del fiduciario ed all'atto di ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante che ha natura di pagamento traslativo. Particolarmente significativa è stata la riflessione dedicata alla necessaria distinzione tra contratto preliminare e negozio fiduciario, che ha consentito di distinguere il negozio in esame da un istituto, il contratto preliminare, certamente non in grado di racchiudere al suo interno la complessità di contenuto e di obbligazioni che possono invece contraddistinguere il negozio fiduciario. A quel punto è stata conseguenziale l'esclusione dell'applicazione analogica dell'art. 1351 c.c., non giustificata da alcuna norma ed in contrasto sia con il disposto dell'art. 14 disp. prel. sia con il generale principio di libertà delle forme (che sembra diventare sempre più l'eccezione piuttosto che la regola).

Questa interpretazione del negozio fiduciario è in grado di valorizzare le caratteristiche sociali e pratiche del fenomeno. Il negozio fiduciario nasce come negozio ontologicamente segreto, che si basa sulla fiducia che il fiduciante nutre per il fiduciario: formalizzare i reciproci impegni in un contratto è una pratica a cui le parti sono poco inclini e che appare porsi in contrasto con la natura stessa di questa tipologia di operazione economica. Sicché l'obbligatoria osservanza della forma scritta *ad substantiam* per la validità del *pactum fiduciae* rischierebbe di comportare una significativa erosione della rilevanza pratica del negozio fiduciario. Inoltre, poiché i vantaggi del negozio fiduciario, come strumento di tutela del patrimonio, risiedono proprio nella riservatezza di tale accordo, da intendersi come la possibilità di occultare ai terzi l'effettivo proprietario di una data *res*, mancando nel negozio fiduciario qualsiasi vincolo sulla *res* opponibile ai terzi (72), l'interpretazione contraria ad una sua significativa libertà formale, che consenta alle parti di rendere poco «tracciabile» questa operazione, potrebbe venire vanificata l'utilità stessa di questo istituto (73). Perché questo è, sovente, lo scopo concreto *de facto* perseguito da fiduciante e fiduciario: impedire che sia resa nota

(72) LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, cit., 3.

(73) Afferma DI MAIO, *L'(in)adempimento del fiduciario nel negozio fiduciario*, nota a Cass., Sez. I, 25 giugno 2008, n. 17334, in *Società*, 2008, 12, 1476 ss. che «Il bisogno di non apparire quale proprietario di un bene, immobile o mobile, come nel caso *de quo*, o di trasferirlo ad altri in temporaneo affidamento, risale ai primordi del costituirsi del vivere in

CASSAZIONE

la proprietà di determinati beni, in modo da cercare di evitare l'aggressione degli stessi da parte dei creditori o pressioni di varia natura provenienti da eredi, *partner* e altri soggetti che a vario titolo possono avere uno specifico interesse a conoscere l'esatta consistenza del patrimonio del fiduciante.

Non sono, però, fuggiti tutti i dubbi sulla futura evoluzione giurisprudenziale (74). Conseguentemente, data la complessità della materia e l'oscillazione della giurisprudenza, non deve venir meno la necessaria cautela in capo al professionista che supporta le parti nella definizione del negozio e non va sottovalutata l'opportunità di dotare il fiduciante di un accordo scritto contenente in maniera puntuale gli obblighi del fiduciario, ivi incluso quello al (ri)trasferimento del bene.

In considerazione delle incertezze della giurisprudenza e della significativa importanza pratica dell'istituto, sarebbe opportuna una disciplina legislativa del negozio fiduciario (75). In passato, un tentativo di disciplina, non riuscito, è stato effettuato con una legge delega al Governo per approvare, inserendola nel Titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina del *contratto di fiducia*, cioè quel «contratto con il quale il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili» (76). Il contratto di fiducia è un contratto traslativo con il quale il fiduciante trasferisce la proprietà di determinati beni (anche mobili) al fiduciario che si obbliga a gestirli per realizzare l'interesse di uno o più beneficiari, tenendoli separati dal proprio patrimonio (77).

Un appropriato intervento del legislatore garantirebbe maggiori certezze interpretative, con particolare riferimento alla definizione della posizione giuridica che sorge in capo al fiduciario (78), alle conseguenze dell'inadempimento del fiduciario stesso ed ai rimedi esperibili dal soggetto leso. Inoltre potrebbe ampliare e potenziare l'istituto con la previsione di una sua opponibilità ai terzi, che sarebbe a quel punto perfettamente legittima perché troverebbe la sua fonte nella legge e che potrebbe dotare il nostro ordinamento di un istituto competitivo con il *trust* di stampo anglosassone (79).

972

società; coevo è il sorgere della crisi restitutoria. Storicamente la risposta dei due maggiori sistemi giuridici è stata la *actio fiduciae* del diritto romano e il *trust* di quello anglosassone».

(74) Cass., sezione I civile, 19 maggio 2020, n. 9139 non ha seguito l'orientamento delle sezioni unite ed ha equiparato nuovamente il patto fiduciario al contratto preliminare, al fine di individuare il requisito di forma.

(75) Cfr. IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, 35 ss.

(76) Art. 11, n. 6, lett. a), D.d.l. n. 2322/10 recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea — Legge comunitaria 2010*.

(77) Per un esame del contratto di *fiducie* come disciplinato nell'ordinamento francese dalla *Loi* n. 2007-211, du 19 février 2007 emendata dalla *Loi* n. 2008-776, du 4 août 2008, cfr. Mastropietro, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. not.*, 2012, 338 ss.

(78) Definito da DI MAIO, *L'(in)adempire del fiduciario nel negozio fiduciario*, cit., 1476 ss., «*proprietario e non-proprietario*».

(79) IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, 35 ss. sottolinea, a sostegno dell'introduzione del negozio fiduciario nel nostro ordinamento, come ciò, oltre ad agevolare la soluzione di numerose problematiche teoriche e pratiche relative al presente istituto ed ai suoi effetti, porrebbe l'ordinamento italiano in una posizione concorrenziale con altri ordinamenti, sia dell'area *common law* sia dell'area *civil law*.

Un ultimo profilo di riflessione suggerito dall'analisi della sentenza delle Sezioni unite è dato, infine, dalle conseguenze di carattere istruttorio-processuale che può avere la medesima pronuncia. Se infatti si ritiene pienamente valido ed efficace il *pactum fiduciae* concluso in forma orale e al contempo si ritiene la dichiarazione unilaterale idonea ai fini dell'inversione dell'onere della prova, seppur priva di rilevanza con riferimento alla validità dell'accordo, si può allora dedurre che il fiduciante che agisce per ottenere una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. o il risarcimento per i danni conseguenti all'inadempimento da parte del fiduciario, può provare l'esistenza ed il contenuto del *pactum fiduciae* per testimoni? Senza alcuna pretesa di esaustività sul punto, pare, almeno come prima suggestione, di poter rispondere affermativamente. Se, infatti, il *pactum fiduciae* (orale) è un accordo avente efficacia obbligatoria che disciplina gli obblighi del fiduciario nei confronti del fiduciante, deve escludersi che lo stesso rientri tra i «patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea» rispetto ai quali l'art. 2722 c.c. nega l'ammissibilità della prova per testimoni. Il *pactum fiduciae* non è infatti un «patto aggiunto o contrario» ad alcun contratto, men che meno al contratto con cui il fiduciario ha acquistato il bene dal terzo, rispetto al quale rappresenta un negozio — per quanto interdipendente o collegato a seconda delle diverse teorie — altro ed ulteriore, anche se all'interno della stessa operazione economica (80). Inoltre, alla luce delle profonde differenze intercorrenti tra negozio fiduciario e simulazione, su cui ci si è brevemente soffermati *supra*, non pare possibile un'applicazione analogica delle limitazioni previste in tema di prova della simulazione al negozio fiduciario.

ALESSANDRO TORRONI
FEDERICO GASPARINETTI

973

(80) Interessante Cass., Sez. I, 28 settembre 1994, n. 7899 che ha stabilito «A tal riguardo, va rilevato, allora, che al negozio fiduciario non si applicano le disposizioni degli artt. 2721 e segg. cod. civ. e, in particolare, dell'art. 2722 in materia di prova, giacché esso non amplia né modifica il contenuto di un altro negozio, operando il *pactum fiduciae* solo sul piano della creazione di un obbligo da adempiere a cura del fiduciario. Al negozio fiduciario non è, poi, neppure applicabile l'art. 2725 cod. civ., trattandosi di negozio per la cui validità non è richiesta la forma scritta (Cass. 23 novembre 1988 n. 6263 e cfr. Cass. 2 luglio 1990 n. 6764)». V. inoltre Cass. civ., Sez. II, sent. 21 novembre 1988 n. 6263; da ultimo Cass, sez. II, 27 maggio 2020, n. 9952 ha stabilito che «il divieto dell'ammissione della prova testimoniale stabilito dall'art. 2722 c.c., in ordine ai patti aggiunti o contrari al contenuto negoziale di un documento, riguarda solo gli accordi diretti a modificare, ampliandolo o restringendolo, il contenuto del negozio, mentre non investe la prova diretta ad individuarne la reale portata attraverso l'accertamento degli elementi di fatto che determinarono il consenso dei contraenti».