

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Forma

NEGOZIO FIDUCIARIO - FORMA DEL PATTO FIDUCIARIO AVENTE AD OGGETTO BENI IMMOBILICalogero Alberto Valenza^(*)

Cass. civ. Sez. II Ord., 05/08/2019, n. 20934

FONTE

Giur. It., 2020, 2, 283

Sommario: Premessa - Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità della forma scritta del *pactum fiduciae* immobiliare - Alcune questioni preliminari in tema di negozio fiduciario - La forma dell'impegno di trasferimento: la ricostruzione che ammette la dichiarazione unilaterale - Considerazioni conclusive

Con l'ordinanza n. 20934/2019 la Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il compito di comporre il contrasto giurisprudenziale in ordine alla necessità per il *pactum fiduciae* immobiliare di rivestire la forma scritta a pena di nullità. La questione, in particolare, si è posta in virtù di una recente pronuncia con la quale la Suprema Corte, mutando il costante orientamento, ha ritenuto idonea a fondare l'obbligo di trasferimento anche la dichiarazione unilaterale scritta ricognitiva di un accordo privo del requisito formale.

Premessa

La vicenda in commento trae origine dall'acquisto di un compendio immobiliare effettuato da alcuni parenti col denaro del congiunto D.B., in esecuzione di un patto fiduciario che stabiliva il loro obbligo di trasferimento a quest'ultimo o ad altra persona da lui nominata. Non avendo gli onerati adempiuto tale accordo, D.B. agiva in giudizio per vedersi attribuiti gli immobili in parola. Transatta la causa tra le altre parti, solamente M.V. impugnava la sentenza di primo grado che accoglieva le istanze del ricorrente, invocando, in particolare, il carattere meramente confessorio dell'atto col quale i parenti avevano riconosciuto il patto fiduciario e l'avvenuta interposizione. Pertanto, secondo M.V., in assenza di un *pactum fiduciae* scritto, non trovava alcun fondamento l'obbligo di trasferimento. A fronte della conferma in appello della soluzione del giudice di prime cure, M.V. proponeva ricorso in Cassazione. La Suprema Corte, allora, rilevato il contrasto giurisprudenziale attorno alla forma che deve rivestire l'impegno di trasferimento del bene dal fiduciario al fiduciante, rimetteva tale quesito alle Sezioni Unite.

Il contrasto giurisprudenziale sulla necessità della forma scritta del *pactum fiduciae* immobiliare

Tradizionalmente, dottrina e giurisprudenza sono sempre state concordi nel sostenere che il patto fiduciario che avesse ad oggetto beni immobili dovesse rivestire la forma scritta a pena di nullità. Ciò in quanto si riteneva applicabile a tutti i negozi che comportassero obblighi di trasferimento immobiliare, come il mandato o la stessa fiducia, la regola di cui all'art. 1351 c.c., relativa alla necessità *per relationem* della forma scritta del preliminare⁽¹⁾. Pertanto, si esigeva anche per il *pactum fiduciae* – e per gli altri negozi preparatori – la medesima forma richiesta per il negozio finale.

Ad analoga conclusione, peraltro, si potrebbe pervenire anche muovendo dall'art. 1350 c.c., il quale, come è noto, in deroga al principio della libertà della forma negoziale, prescrive quella scritta, a pena di nullità, per tutti gli atti che incidono su diritti immobiliari. Tale norma, infatti, andrebbe qualificata come speciale e non come eccezionale⁽²⁾, posto che non sembrerebbe investire specifici casi quanto piuttosto una casistica, alle cui molteplici varianti sarebbe in grado di estendersi. In questa prospettiva è da intendere il disposto dell'art. 1351 c.c., sulla forma del contratto preliminare, il quale non farebbe altro che chiarire come la deroga al principio della libertà di forma attenga non solo agli atti di disposizione diretta, vale a dire traslativi, ma anche agli atti di disposizione mediata, che si limitano ad istituire un obbligo di trasferimento e che sono coercibili in forma specifica⁽³⁾.

L'impostazione appena tratteggiata, tuttavia, pur continuando a restare salda con riferimento agli atti traslativi, pare vacillare per quelli di disposizione mediata, rispetto ai quali, in assenza di una disposizione espressa, sembra essere sorto più di un dubbio.

La questione, in particolare, si è posta inizialmente in tema di mandato immobiliare. Una recente pronuncia della Suprema Corte⁽⁴⁾, infatti, mutando un orientamento che pareva ormai pacifico, ha stabilito che non è necessaria la forma scritta per il contratto di mandato, anche qualora questo abbia ad oggetto beni immobili, essendo sufficiente, ai fini della validità e della coercibilità dell'obbligo di ritrasferimento, un atto unilaterale con cui il mandatario riconosca il suo impegno; atto, questo, anche successivo, cui si richiede il carattere della specificità, ossia la chiara individuazione dell'immobile oggetto di trasferimento.

Le medesime perplessità sono affiorate, poi, in relazione al patto fiduciario. Nel 2014, la Corte di cassazione⁽⁵⁾, ribaltando un orientamento fino ad allora granitico, ha statuito che una dichiarazione unilaterale scritta, ricognitiva di un precedente accordo fiduciario avente ad oggetto l'intestazione e il successivo obbligo di ritrasferimento di beni immobili, costituisce, purché ne sia specificamente individuato l'oggetto, una "autonoma" fonte di obbligazione, azionabile in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Può ravvisarsi, dunque, in entrambi i casi, la comune tendenza dei giudici a riconoscere come valida fonte di obbligazione un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore, scritto e specifico, che trovi la propria giustificazione causale in un precedente impegno delle parti, anche espresso oralmente. Un indirizzo, come detto, del tutto in antitesi con quello tradizionale, che invece richiederebbe un atto bilaterale, dispositivo, coevo, scritto e specifico.

Su tale questione verte il quesito che l'ordinanza in commento rimette alle Sezioni Unite, alle quali si chiede di dirimere il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare.

Alcune questioni preliminari in tema di negozio fiduciario

Prima di soffermarsi sugli aspetti inerenti alla forma del *pactum fiduciae*, che interessa la rimessione alle Sezioni Unite in commento, giova prendere le mosse dall'esatta configurazione del negozio fiduciario⁽⁶⁾; un punto, questo, su cui si sofferma anche l'ordinanza di rimessione.

Questa premessa è dovuta, attese le difficoltà con cui si misura l'interprete nel cercare di ritrovare le caratteristiche di tale negozio: a tal proposito, non sembrano venute meno le affermazioni di autorevole dottrina secondo la quale "in tutti i testi si parla di negozio fiduciario, ma, poi, che cosa sia questo tipo di negozio, con precisione, ancora non lo sappiamo"⁽⁷⁾.

In mancanza di una disciplina legislativa⁽⁸⁾, infatti, la fiducia è, almeno in principio, "una creazione della prassi, un concetto della dottrina e della giurisprudenza"⁽⁹⁾, in relazione alla quale si registrano visioni discordanti. Non solo non ne è pacifica la nozione, ma si discute anche sulla stessa esistenza di un "negozio fiduciario", inteso come categoria autonoma.

Del resto, il termine "fiducia", con cui si allude chiaramente ad un dato metagiuridico, è utilizzato per indicare una casistica non poco ampia: se ne distinguono più generi, secondo la struttura o secondo lo scopo, statica e dinamica, *cum creditore* e *cum amico*⁽¹⁰⁾. Inoltre, non essendone chiari i contorni, non è sempre agevole distinguere le ipotesi di fiducia da figure affini, quali la simulazione, l'interposizione fittizia (che invero è una simulazione relativa soggettiva) o il mandato, che sembrano attrarla sotto la propria sfera applicativa⁽¹¹⁾.

Si è affermato che tutte le ipotesi di fiducia sarebbero accomunate dall'esistenza di un patto inteso a "trasformare in funzione l'altrui titolarità del diritto"⁽¹²⁾, per consentire al fiduciario di impiegare a vantaggio di un altro soggetto (un terzo o lo stesso fiduciante) determinati beni, siano essi ricevuti dal fiduciante o altrimenti reperiti, al quale devono poi pervenire. Da qui, dunque, il problema che accompagna da sempre la fiducia: l'estraneità agli schemi legali usuali di un diritto funzionalizzato⁽¹³⁾.

Ciò chiarito, la prima distinzione che la dottrina opera tradizionalmente è quella tra fiducia cosiddetta "germanistica" e fiducia "romanistica"⁽¹⁴⁾. Nella prima si ha una scissione tra titolarità formale del diritto e legittimazione al relativo esercizio, in virtù di un negozio di autorizzazione che appunto legittima il fiduciario a intestarsi e disporre di beni del fiduciante; nella seconda, invece, convivono patti ad effetti reali (l'eventuale trasferimento del bene al fiduciario, il suo ritrasferimento al fiduciante o ad un terzo da questi indicato) e patti obbligatori, normalmente celati ai terzi, che impegnano il fiduciario ad usare le sue facoltà in modo conforme alle istruzioni del fiduciante.

L'ordinanza di rimessione, pertanto, come può rilevarsi dai fatti in premessa, ha ad oggetto un caso di fiducia di tipo romanistico.

Tale modello di fiducia, si noti, è stato ricostruito dalla dottrina sia in forma monistica⁽¹⁵⁾, cioè come schema negoziale unitario, avente un'autonoma *causa fiduciae*, sia in forma pluralistica⁽¹⁶⁾, vale a dire come pluralità di negozi, reali ed obbligatori, fra loro funzionalmente collegati, in cui la causa tipica degli atti posti in essere è indirizzata allo scopo fiduciario perseguito⁽¹⁷⁾.

Tanto premesso, quale delle due tesi si voglia accogliere, come opportunamente osservano i giudici di legittimità, non viene meno il problema della forma dell'impegno di trasferimento finale al fiduciante, o eventualmente al terzo da questi indicato. Proprio su ciò, si è visto, verte il quesito proposto alle Sezioni Unite: esso non concerne la forma *ad substantiam* dell'intero negozio fiduciario (costruito unitariamente o no), bensì la forma di quel suo frammento essenziale che è l'impegno di trasferimento.

Pertanto, al fine di prendere posizione sulla questione sollevata dall'ordinanza, appare necessaria un'indagine circa la natura di tale frammento conclusivo della vicenda fiduciaria.

In particolare, la dichiarazione di impegno a trasferire sembra poter assumere le vesti tanto di contratto quanto di atto unilaterale. Andrebbe qualificata come contratto nel caso in cui si collocasse nell'ambito di una complessa dichiarazione bilaterale, avente ad oggetto trasferimenti, ritrasferimenti ed obblighi tra le parti; diversamente, qualora fosse separata ed unilaterale, si sarebbe in presenza di un atto – appunto – unilaterale.

Ponendo per il momento l'attenzione su tale ultima ipotesi, giova evidenziare che la dichiarazione potrebbe essere sia assertiva che prescrittiva, a seconda del suo tenore semantico. Infatti, sarebbe assertiva allorché si configurasse come il riconoscimento dell'altrui titolarità esclusiva dell'immobile e della natura meramente fiduciaria della propria intestazione; sarebbe prescrittiva, invece, qualora contenesse espressamente l'impegno del fiduciario a trasferire il bene al fiduciante o ad altra persona da questi indicata. Nel primo caso, si noti, la dichiarazione sarebbe un enunciato cognitivo avente ad oggetto dei fatti, e si configurerebbe pertanto quale mera confessione; essa dunque non sarebbe in grado di fondare alcun impegno traslativo. Nel secondo caso, invece, la dichiarazione si atteggierebbe quale promessa unilaterale atipica di trasferimento.

Tale ultima figura, però, si rivela in aperto contrasto con l'art. 1987 c.c., il quale, sancendo che "la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge", limita la configurabilità di dichiarazioni di per se impegnative alle fattispecie tipizzate⁽¹⁸⁾ o, quanto meno, nominate⁽¹⁹⁾ dal legislatore. La dichiarazione in parola, pertanto, potrebbe avere certamente valore probatorio circa la titolarità del diritto ma non sarebbe affatto idonea a fondare l'obbligo di trasferire, a meno che non si volesse prospettare una vera e propria *interpretatio abrogans* dell'art. 1987 c.c.

Analizzata la circostanza in cui la dichiarazione di trasferimento finale costituisca un atto unilaterale separato, deve ora approfondirsi l'ipotesi in cui faccia parte di un contratto. Per tal caso, il nodo da sciogliere attiene alla qualificazione del segmento iniziale della vicenda, nel quale solitamente il fiduciante trasferisce al fiduciario la titolarità dell'immobile (fiducia dinamica) ovvero gli fornisce la provvista necessaria per acquistarlo ed intestarselo (fiducia statica)⁽²⁰⁾. Difatti, non essendo possibile ravvisare nel trasferimento una vendita o una donazione, e nella somministrazione della provvista un mutuo o una elargizione liberale, sembrerebbe appalesarsi il rischio dell'astrattezza causale⁽²¹⁾, che potrebbe essere evitato solamente facendo assurgere la fiducia ad elemento causale dell'attribuzione, come proposto dalla richiamata dottrina che ricostruisce in chiave monistica il negozio fiduciario.

Tuttavia, se da un lato tale ultima impostazione agevolerebbe la soluzione del problema relativo al segmento iniziale della vicenda, dall'altro lato finirebbe per complicare la spiegazione di quello finale, posto che, ammessa la causa fiduciaria, si dovrebbe accettare anche il trasferimento di un diritto di proprietà dalla stessa limitato. È stato osservato, infatti, che la proprietà che si acquista e si trasferisce con un negozio avente *causa fiduciae* sarebbe in realtà una "proprietà fiduciaria", ossia un diritto non pieno ma compromesso dalla sua funzione: insomma, un nuovo diritto reale, inammissibile alla luce del principio del *numerus clausus* di tali diritti⁽²²⁾.

In prospettiva sistematica, allora, il problema non sembra in alcun modo risolvibile. Infatti, a meno che non si voglia mettere in dubbio la tipicità dei diritti reali, si dovrebbe prendere atto di trovarsi dinanzi a fattispecie non molto lontane da quelle simulatorie. La proprietà fiduciaria, di fatto, sembra assumere le vesti di una proprietà simulata, esterna e non interna: l'apparenza celerebbe un diritto soggettivo degradato a potestà⁽²³⁾.

Le considerazioni sin qui svolte evidenziano la complessità delle questioni sottese al quesito che l'ordinanza pone alle Sezioni Unite, e che dovrebbero necessariamente essere affrontate se si vuole addivenire ad una soluzione priva di contraddizioni da un punto di vista sistematico.

La forma dell'impegno di trasferimento: la ricostruzione che ammette la dichiarazione unilaterale

In ordine alla forma che deve assumere l'impegno del fiduciario circa il trasferimento del bene immobile al fiduciante, la pronuncia in discorso rileva un duplice orientamento.

Un primo filone giurisprudenziale, per così dire tradizionale, richiede un patto fiduciario – contenente l'impegno di trasferimento – che abbia la forma scritta⁽²⁴⁾. Un impegno di trasferimento assunto oralmente, pertanto, anche laddove fosse provato da un atto ricognitivo coevo o successivo, non sarebbe valido e quindi coercibile nelle forme di esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c.

A questo filone giurisprudenziale si è contrapposto l'indirizzo, sopra richiamato, che invero consiste in una sola pronuncia della Suprema Corte⁽²⁵⁾, secondo cui l'impegno di ritrasferimento dell'immobile che abbia origine nel *pactum fiduciae* avrebbe una sua autonoma fonte nella dichiarazione unilaterale scritta con cui si riconosce il carattere fiduciario dell'intestazione e si promette la retrocessione del bene. Tale decisione, affermando l'autosufficienza dell'impegno a trasferire, sembra porsi in aperto contrasto con il principio di tipicità delle promesse unilaterali, dettato dal Codice civile all'art. 1987 al fine di impedire l'atomizzazione delle operazioni di scambio. Per i Giudici di legittimità, tuttavia, l'atto unilaterale volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente avrebbe una "propria autonoma dignità" che lo renderebbe idoneo a fondare

l'obbligazione del promittente, tutelabile mediante il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. Per questa via, pertanto, non sarebbe necessaria la forma scritta del *pactum fiduciae*, essendo sufficiente che rivesta tale forma la dichiarazione unilaterale successiva. L'impostazione in parola – afferma la Corte – troverebbe conferma in un recente orientamento giurisprudenziale che non ritiene necessaria la forma scritta per il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili⁽²⁶⁾.

L'ordinanza in commento, inoltre, aggiunge un ulteriore quesito per il caso in cui si dovesse aderire alla seconda impostazione, ossia se la dichiarazione unilaterale scritta possa essere idonea a fondare l'obbligo di trasferimento anche nel caso in cui essa non faccia espressa menzione del patto fiduciario, sia di molto posteriore, e appaia, piuttosto, come una mera confessione di un diritto reale altrui.

Considerazioni conclusive

Prima di esaminare nel merito le argomentazioni che possono portare a propendere a favore di uno due orientamenti appena esposti, non può non rilevarsi un dato assai peculiare che caratterizza l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite. Sembra difficile, infatti, ravvisare realmente l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, essendo solamente una singola pronuncia ad ammettere la possibilità che il *pactum fiduciae* non rivesta la forma scritta nel caso in cui l'impegno di ritrasferimento si trovi in una dichiarazione unilaterale che richiami tale patto. L'impostazione in discorso, infatti, non ha avuto alcun seguito nelle successive decisioni della Suprema Corte⁽²⁷⁾, e ciò nonostante quelle tendenze che auspicano un diritto proveniente "dal basso", e che, enfatizzando il ruolo dell'esperienza prima che dei testi, sostengono la necessità di superare i cosiddetti formalismi e la distinzione tra fatto e diritto.

Del resto, a meno che non si voglia in qualche modo forzare l'impianto dettato dal Codice civile, le ragioni a sostegno dell'orientamento tradizionale non sembrano facilmente scalfibili.

Come già evidenziato, infatti, l'affermazione per la quale la dichiarazione unilaterale ricognitiva avrebbe "dignità" di autonoma fonte negoziale si pone in netto contrasto con la volontà dell'ordinamento manifestata dall'art. 1987 c.c.⁽²⁸⁾.

Inoltre, appare difficile comprendere in che modo un atto ricognitivo di un precedente patto possa essere esso stesso la fonte dell'obbligazione. Aderendo a questa impostazione, infatti, si dovrebbe ammettere che la medesima obbligazione abbia due fonti diverse: il *pactum fiduciae* e la dichiarazione unilaterale. Analogamente, poi, non è nemmeno chiaro come l'atto "ricognitivo" possa al contempo essere attuativo dell'impegno fiduciario e costituirne autonoma fonte.

A sostegno della tesi tradizionale depone anche un'ulteriore considerazione, vale a dire l'impossibilità di riprodurre un contratto mediante una dichiarazione unilaterale. Si potrebbe invero qualificare tale dichiarazione come proposta unilaterale di contratto accettata dal fiduciante nel momento in cui ne chiede in giudizio l'adempimento⁽²⁹⁾, ma lo stesso orientamento a favore della possibile oralità del *pactum fiduciae* ritiene tale impostazione artificiosa⁽³⁰⁾.

Tutti questi motivi, pertanto, sembrerebbero indurre a prediligere la tesi tradizionale.

Neppure il richiamo all'impostazione recentemente proposta in tema di mandato ad alienare sembrerebbe idoneo a suffragare l'orientamento innovativo. Anzitutto, poiché, essendo il mandato un contratto, non si pone in relazione ad esso la necessità di affrontare il problema dell'efficacia obbligatoria delle promesse unilaterali atipiche. In secondo luogo, perché, anche in questo caso, resterebbe da chiarire in che modo il mandato possa a sfuggire alla regola della forma *per relationem* dettata a proposito di preliminarizzare immobiliare. Richiamando quanto si è avuto modo di affermare in apertura, infatti, la norma di cui all'art. 1351 c.c. non si limiterebbe esclusivamente a tale figura ma andrebbe estesa anche ad altri negozi, tra cui appunto il mandato, in quanto espressione del principio di forma scritta degli atti su beni immobili, siano essi diretti o mediati.

Allora, tornando alle ipotesi di fiducia, non sembrerebbe possibile esimersi dal richiedere ai fiducianti il patto scritto. D'altronde, chi ricorre alla fiducia è ragionevolmente consapevole del fatto che aggirando in qualche modo le forme legali corre il rischio di un abuso.

Ciò comunque non significherebbe, nell'ipotesi di atto unilaterale, favorire in assoluto il fiduciario, dandogli la possibilità di strumentalizzare la situazione mediante l'appiglio alla forma e all'insufficienza della sua dichiarazione. Quest'ultima, infatti, pur non essendo idonea a fondare l'obbligo di trasferimento, sarebbe sufficiente a provare i presupposti dell'azione di ingiustificato arricchimento, in quanto atta a riconoscere il carattere fiduciario dell'istituzione.

Quelle appena esposte, in conclusione, sembrano essere le coordinate con cui orientarsi per rinvenire una soluzione all'interno del sistema. Diversamente, si dovrebbe riconoscere alla fiducia la capacità di scardinare quanto sta scritto nella legge.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) In ordine alla possibilità di equiparare il patto fiduciario al contratto preliminare, *ex multis*: Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, in *Pluris*; Cass., 25 maggio 2017, n. 13216, in *Pluris*; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. It.*, 2012, 1045 e segg., con nota di F. Michetti; Cass., 7 aprile 2011 n. 8001, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 558; Cass., 13 ottobre 2004, n. 20198, in *Contratti*, 2005, 437 e segg., con nota di A. Valentini; Cass., 19 luglio 2000, n. 9489, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 2044; Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Giur. It.*, 1994, I, 581 e segg., nella quale si afferma chiaramente che "il *pactum fiduciae* con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo".

(2) Per tale distinzione, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 252 e segg. Con particolare riferimento alle norme speciali, v. N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 98 e segg.; Id, *Le leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, 1999, 53 e segg.

(3) Cfr. R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, Bologna-Roma, 1970, 147 e segg., per il quale al principio della libertà di forma si affiancherebbe, sulla base del tessuto normativo esistente, "un principio diverso e minore, circa l'osservanza della formalità scritta per tutti i contratti che attengono, seppure in linea mediata e per connessione, al trasferimento e costituzione dei diritti reali immobiliari; se non si voglia addirittura propendere in tali casi per l'interpretazione in linea diretta (interpretazione estensiva) dell'art. 1350 che dispone in materia".

Di interpretazione estensiva dell'art. 1350 c.c. parla R. Sacco, *La forma*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, 4^a ed., Milano, 2016, 743 e segg., a mente del quale "se si prendono le regole legali come non passibili di interpretazione estesa, l'impostazione del formalismo programmato negli artt. 1350 e 1351 prende l'aspetto di un colabrodo". L'Autore, in particolare, enfatizza la portata dell'art. 1351 c.c., che permetterebbe di assoggettare alla forma scritta "tutti i contratti (e gli atti) da cui derivi l'obbligo di operare, o il diritto di pretendere, o il potere di attuare una circolazione di diritti immobiliari".

Si spingono fino ad ammettere l'applicazione analogica N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 91 e P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, spec. 149 e segg.

(4) Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro It.*, 2014, I, 522, in *Giur. It.*, 2014, 268, con nota di A. Marangoni, in *Contratti*, 2014, 675, con nota di E. Buda, in *Corriere Giur.*, 2013, 504 con nota di V. Mariconda, secondo cui "la forma scritta è richiesta a pena di nullità per gli atti relativi a diritti reali su beni immobili per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto. In tema di mandato all'acquisto, tale forma è in base agli artt. 1350, 1351, 1392 e 1706 c.c. richiesta per la procura conferita dal mandante al mandatario, per il contratto - preliminare o definitivo - concluso dal mandatario a nome del mandante o proprio, e, in questo secondo caso, per il conseguente atto volto a ritrasferire il bene al mandante, la mancanza del quale può essere supplita dall'esecuzione forzata in forma specifica. La forma scritta non può considerarsi invece prescritta anche per il contratto di mandato in sé, perché da questo deriva soltanto, tra mandante e mandatario, l'obbligazione di eseguire il mandato, la cui mancata conforme esecuzione lo espone unicamente a responsabilità per danni. Per converso, una volta che il mandatario abbia effettuato l'acquisto, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di ritrasferire il bene al mandante può trovare fondamento nell'atto unilaterale, redatto anche successivamente al detto acquisto, con cui il mandatario riconosca il suo obbligo di farlo, quante volte l'atto contenga l'indicazione del bene, del prezzo e della causa del contratto, o che gli stessi consenta di individuare anche per *relationem*".

(5) Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Foro It.*, 2014, I, 2860, in *Giur. It.*, 2015, 582 (m), con nota di N. Stefanelli, in *Contratti*, 2015, 12, con nota di M. Patrone, e in *Resp. Civ. Prev.*, 140 (m), con nota di S. Corallo: "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 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".

(6) La letteratura sul negozio fiduciario è assai copiosa. Cfr., fra gli altri, E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano (1882)*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, 20 e segg.; F. Ferrara, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di Scialoja*, Milano, 1905, 745 e segg.; G. Messina, *I negozi fiduciari (1910)*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948; G. Segrè, *Sul trasferimento di merci a scopo di garanzia*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1929, III, 832 e segg.; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; A. Graziani, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, 414 e segg.; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, 945; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, Teoria, Pratica, Saggi*, Milano, 1951, 201 e segg.; G. Mirabelli, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1955, 1077 e segg.; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; Salv. Romano, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi Scaduto*, Padova, 1970; V.M. Trimarchi, voce "Negozio fiduciario", in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 33 e segg.; U. Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, in N. Irti (a cura di), *Dizionari di diritto privato*, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, 455 e segg.; Id., voce "Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario", in

Enc. Giur. Treccani, XX, Roma, 1990; G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 136 e segg.; M. Graziadei, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadr.*, 1990, I, 1 e segg.; U. Morello, *Fiducia e Trust: due esperienze a confronto*, *ivi*, 1990, 239 e segg.; A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; Id., *La fiducia*, in *Manuale di dir. priv. eur.*, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, 607 e segg.; Id., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, in E. Ginevra (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, Milano, 2012, 31 e segg.; M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; C. Scognamiglio, *Negozi di destinazione, trust e negozio fiduciario*, in M. Bianca-G. Capaldo (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010, 3 e segg.; E. Ginevra, *La partecipazione fiduciaria in SpA*, Torino, 2012; M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2012; M. Maugeri, *Intestazione fiduciaria e circolazione della partecipazione*, in *Oss. Dir. Civ. Com.*, 2016, 63 e segg.

(7) A. Falzea, *Rappresentanza e fiducia*, in F. Alcaro-R. Tommasini (a cura di), *Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003, 158.

(8) Un riferimento alla fiducia, nel Codice civile, si rinviene esclusivamente in una disposizione successoria (art. 627 c.c.).

(9) In questi termini A. Gentili, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna, 26 novembre 2016 e Roma il 3 marzo 2017, Milano, 2017, 136.

(10) Si dirà in seguito della distinzione, in base alla struttura, tra fiducia statica e fiducia dinamica. Risale al diritto romano, invece, la distinzione tra fiducia *cum amico* e fiducia *cum creditore*. Nella prima, avente scopo gestorio, il trasferimento dei beni al fiduciario è diretto a consentire a quest'ultimo di disporne in vista del soddisfacimento degli interessi espressi dal fiduciante, per finalità che possono essere di varia natura. Nella seconda, invece, lo scopo è di garanzia, atteso che il fiduciante trasferisce la proprietà dei beni al suo creditore in garanzia dell'esatto adempimento del proprio debito, con l'intesa che la proprietà di tali beni ritorni in capo al fiduciante una volta soddisfatto il credito.

(11) Cfr. A. Gentili, *Simulazione*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, t. 5, Torino, 553 e segg.; F. Anelli, *Simulazione e interposizioni*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 621 e segg.

(12) A. Gentili, *La fiducia*, cit., 607.

(13) Così A. Gentili, *La fiducia*, cit., 607. Per comprendere a fondo le difficoltà che si pongono in reazione al negozio fiduciario occorre anche considerarne le origini. Il moderno dibattito su tale figura nasce in Germania nel corso dell'Ottocento e arriva in Italia all'inizio del XX secolo, in un periodo in cui la dottrina italiana dialogava intensamente con quella tedesca. Tuttavia, le notevoli differenze che sussistono tra l'ordinamento italiano e quello tedesco, in *primis* – come meglio si vedrà in seguito – in materia di trasferimento della proprietà, hanno contribuito a complicare la recezione del negozio fiduciario nel nostro paese. Difatti, mentre il diritto tedesco si caratterizza per l'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà, quello italiano richiede sempre una giustificazione causale.

In particolare, hanno avuto un peso determinante nel processo di costruzione del negozio fiduciario gli studi di alcuni autori diffusi in Italia da Fr. Ferrara, e segnatamente di J. Kohler, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *JJ* (XVI), 1878, 91 e segg.; F. Regelsberger, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *ACP* 63, 1880, 173 e segg.; F. Göltz, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft*, Marburg, 1901.

(14) V. L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., 10; altresì, N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, cit., 75.

(15) La celebre tesi è di C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., cfr. anche A. De Martini, *Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, 326; U. Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, cit., 455 e segg.

(16) *Ex multis*, v. N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, cit. 279 e segg.

(17) Così si esprime la prevalente giurisprudenza. Tra le tante, v. Cass., 24 gennaio 1967, n. 215, in *Giur. It.*, I, 1, 1258; Cass., 23 gennaio 1971, n. 146, in *Foro It.*, 1971, I, c. 1655; Cass., 3 aprile 1980, n. 2159; Cass., 7 agosto 1982, n. 4438; Cass., 29 maggio 1993 n. 6024, in *Corriere Giur.*, 1993, 855 e segg.; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corriere Giur.*, 2003, 1041 e segg., ove si afferma che il negozio fiduciario "si articola in due distinti, ma collegati negozi, dei quali, il primo, avente carattere esterno, realmente voluto dalle parti ed efficace verso i terzi, l'altro, interno ed a contenuto obbligatorio, volto a modificare il risultato finale del negozio esterno, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire al fiduciante o ad un terzo il bene o il diritto acquistato col negozio reale". Nello stesso senso anche Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, in *Foro It.*, 2006, I, c. 2167; Cass., 8 maggio 2009, n. 10590, in *Società*, 2010, 543. A questo orientamento si contrappone la corrente minoritaria risalente a Cass., 19 maggio 1960, n. 1261, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2131, secondo cui "Il negozio fiduciario [...] integra una fattispecie unitaria permeata dalla causa fiduciae".

Una adeguata sintesi degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali è presente altresì in M. Nuzzo, *Negoziario fiduciario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, 645 e segg. e U. Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, cit., 455 e segg.

(18) Per la tesi tradizionale della rigida tipicità o tassatività delle promesse unilaterali, v. G. Branca, *Delle promesse unilaterali*, Sub art. 1987, in M. Fragali-P. D'Onofrio-F. Salvi-G. Branca, *Anticresi-Transazione-Cessione dei beni ai creditori-Promesse unilaterali. Art. 1980-1991*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, 352 e segg.; A. D'Angelo, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1996.

(19) Cfr. F. Maisto, *Promesse unilaterali*, in P. Perlingieri (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. Cons. Naz. Not.*, IV, 42, 2014, 23 e segg.; G. Ferri, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca Borsa*, 1960, I, 483.

(20) Per la distinzione tra fiducia dinamica e fiducia statica, v. Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Mass. Foro It.*, 1991; Cass., 12 giugno 1986, n. 3898, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, II, 119 e segg., con nota di M. Graziadei; Cass., 21 novembre 1975, n. 3911, in *Giur. It.*, 1977, I, 984.

(21) Cfr. A. Gentili, *Simulazione*, cit., 560, secondo cui tali negozi, a ben vedere, sarebbero simulati e non astratti, posto che "astrattezza significa che la causa, reale, è stralciata, non che – come qui – vi si faccia allusione solo per l'apparenza". Per l'A., pertanto, la causa del negozio traslativo sarebbe in questi casi "finta".

(22) Per tale obiezione, su tutti, v. S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 232 e segg., il quale riprende le critiche già mosse alla categoria del negozio fiduciario da G. Segrè e L. Cariota Ferrara, op. cit.

(23) A. Gentili, *Simulazione*, cit. 561.

(24) Si vedano le pronunce di cui alla nota 1.

(25) Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, cit.

(26) Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, cit.

(27) Come confermato, da ultimo, da Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, cit., secondo cui "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".

(28) Come rilevava già F. Maisto, *Promesse unilaterali "atipiche" e forma del pactum fiduciae*, in *Il diritto degli affari.it.*, 2 e segg., nel commento a Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, cit.

(29) Una tale ricostruzione si rinviene in Cass., 5 agosto 2005, n. 16490, in *Giur. It.*, 2006, 2292, con nota di M. D'Auria: "Gli effetti traslativi di una scrittura privata avente natura fiduciaria possono riconoscersi indipendentemente dalla necessaria bilateralità della stessa perché, quando ad avvalersene in giudizio è il contraente del quale manca la sottoscrizione che invoca in proprio favore gli effetti, se l'altra parte non abbia revocato il proprio consenso, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente".

(30) "La corte in quel caso superava la mancanza di un *pactum fiduciae* scritto con l'avvalimento in giudizio dell'atto unilaterale da parte del contraente del quale mancava la sottoscrizione richiamando il consolidato principio per cui quando la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata lo 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 proprio consenso prima manifestato, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente. [...] Questa ricostruzione, che appare alquanto artificiosa perché utilizza in riferimento ad un atto che nasce come unilaterale una giurisprudenza nata per supplire al difetto di sottoscrizione di un contratto, era volta a superare la tralazia affermazione secondo la quale il negozio fiduciario, quando inerisce al trasferimento di beni immobili, deve rivestire la forma scritta *ad substantiam* quale elemento essenziale di sua validità ex art. 1350 c.c. Tuttavia, non si ritiene necessario riproporre questa ricostruzione in quanto in questo caso non siamo di fronte ad un contratto mancante della firma di uno dei contraenti, che lo fa proprio utilizzandolo in giudizio, ma di un impegno che nasce come unilaterale e che come atto unilaterale ha una propria autonoma 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 con la sottoscrizione dell'impegno unilaterale", così Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, cit.

Copyright 2014 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati

UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.