

BENI IMMOBILI E MOBILI

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Forma

PATTO FIDUCIARIO - LA DIFFICILE MARCIA DEL PATTO FIDUCIARIO VERSO L'ORALITÀRaffaella Grimaldi^(*)

Cass. civ. Sez. II Ord., 20/07/2020, n. 15385

FONTE

Giur. It., 2021, 1, 32

Sommario: Introduzione - La ricostruzione del *pactum* quale mandato senza rappresentanza - Forma scritta e mandato senza rappresentanza: il problema dell'art. 1351 c.c. - L'effetto obbligatorio nella struttura del patto fiduciario: similitudini con il contratto preliminare - Gli inevitabili corollari: la forma scritta, l'onere della prova e il problema del pagamento traslativo - Il profilo causale: il grande assente - Rilievi conclusivi

La problematica relativa alla forma del patto fiduciario avente ad oggetto diritti reali su immobili non è certo sconosciuta agli interpreti. Fino ad epoca recente la posizione tanto di dottrina, quanto di giurisprudenza era nel senso di ritenere necessaria la forma scritta anche per gli atti di disposizione mediata, ossia istitutivi di obblighi di trasferimento. Negli ultimi anni si è assistito ad un processo di ripensamento sostanziale – da parte soprattutto della giurisprudenza – che ha messo in discussione la necessità della forma scritta degli atti di disposizione mediata. Un orientamento innovativo dalle forti ricadute pratiche – non sempre tenute in debita considerazione dai giudici di legittimità – che si espone a non poche obiezioni di carattere logico.

Introduzione

A distanza di pochi mesi dalla sentenza delle Sezioni unite⁽¹⁾, la Corte di cassazione torna, in composizione semplice, a pronunciarsi sulla questione della forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare, mercé il quale, appunto, il fiduciario si obbliga verso il fiduciante a ritrasferire il bene acquistato fiduciarmente⁽²⁾. Nella sentenza in commento si avverte l'eco della posizione delle Sezioni unite (accolta, del resto, con particolare favore da una parte della dottrina⁽³⁾), tanto che se ne propongono pedissequamente passaggi argomentativi, conclusioni e principi di diritto.

In via preliminare occorre rilevare che, come acutamente osservato⁽⁴⁾, fino ad epoca recente nessuno avrebbe dubitato che per i negozi aventi ad oggetto diritti su immobili fosse tassativa la forma scritta, conformemente a quanto stabilito dell'art. 1350 c.c., che concerne non solo gli atti di disposizione diretta (cioè traslativi), ma anche gli atti di disposizione mediata, cioè istitutivi di obblighi di trasferimento. Quella che appariva una pacifica acquisizione è stata oggetto di un processo di ripensamento sostanziale, che, dal mettere in discussione la necessità di una forma scritta degli atti di disposizione mediata – dunque istitutivi di obblighi di trasferimento, comunque coercibili in forma specifica –, si è spinto fino alla "fissazione di un principio"⁽⁵⁾, in forza del quale "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"⁽⁶⁾.

La domanda posta ai giudici di legittimità (così come alle richiamate Sezioni unite) suona, in sostanza, così: la promessa di ritrasferimento dell'immobile, assunta dal fiduciario, può avere forma libera ovvero deve soggiacere alla forma scritta *ad substantiam*? Una domanda non nuova per gli studiosi dell'argomento, cui è stata fornita una risposta neppur tanto originale, quanto piuttosto ultronea, che da un lato ha travalicato i limiti della domanda stessa e, dall'altro, ha lambito quesiti mai posti, schiudendone – se mai ve n'era bisogno – di nuovi.

Il problema, in verità individuato in maniera corretta dalle Sezioni unite, riguarda a monte i negozi fiduciari, che rappresentano non una fattispecie, ma una casistica riguardante i vari tipi di fiducia⁽⁷⁾: germanistica, romanistica, statica, dinamica, *cum amico* e *cum creditore*. Un *mare magnum*, di cui però i giudici di legittimità scelgono di occuparsi solo settorialmente, tracciando, sulla base del caso concreto da risolvere, un perimetro di riflessione intorno all'ipotesi della fiducia romanistica, *cum amico*⁽⁸⁾.

Il fine perseguito dalle Sezioni unite, dunque, è quello di fornire qualificazione giuridica ad una casistica e dare una risposta concreta al problema, attraverso l'utilizzo del principio di libertà delle forme. Il tutto con una pronuncia dalle fortissime ricadute pratiche, che, tuttavia, a fronte delle puntuali ricostruzioni dottrinali sulla fiducia e sulla sua struttura, non riserva particolare attenzione (proprio) al risolto pratico. La sentenza, come vedremo, innesca più problemi di quanti contribuisca a risolvere e fornisce una risposta tutt'altro che pratica ad una questione che, come dalla stessa chiarito, pratica è.

La presente riflessione, senza ambire all'esaustività, mira ad evidenziare criticità ed incoerenze del "nuovo orientamento", esaminandone l'*iter* argomentativo e soffermandosi sui punti intorno ai quali tale *iter* ruota, primo fra tutti l'assimilazione del *pactum* alla figura del mandato.

La ricostruzione del *pactum* quale mandato senza rappresentanza

Le conclusioni della sentenza in commento, richiamando *in toto* il processo motivazionale delle Sezioni unite, presentano quale premessa ricostruttiva quella del patto fiduciario, inquadrato nella figura del mandato senza rappresentanza, anziché in quella del contratto preliminare. Le ragioni di una simile scelta non si evincono dalla sentenza in epigrafe e vanno ricercate nelle pagine ricostruttive della pronuncia a Sezioni unite, la quale, aderendo all'indirizzo (in realtà tutt'altro che prevalente) della stessa giurisprudenza di legittimità⁽⁹⁾, assimila le due figure. La lettura della strutturata motivazione, tuttavia, non aiuta a dissipare i dubbi in ordine a tale scelta, che di certo non è priva di incoerenze.

Vale subito la pena chiarire – ma il punto verrà approfondito più avanti – che l'inquadramento del patto fiduciario in una determinata figura contrattuale non risulta dirimente⁽¹⁰⁾, poiché l'operazione lascerebbe in ogni caso irrisolte le questioni che il *pactum fiduciae* pone⁽¹¹⁾ e sottovaluterebbe la portata unitaria dell'elemento causale⁽¹²⁾, che caratterizza la peculiarità della fattispecie.

Non è qui possibile esaminare in dettaglio gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla ricostruzione del negozio fiduciario⁽¹³⁾, ma è opportuno quantomeno evocarli, se pur sommariamente, al solo fine di meglio cogliere il ragionamento fatto dai giudici di legittimità ed evidenziarne luci ed ombre.

La sentenza esordisce chiarendo che il *pactum fiduciae* è assimilabile al mandato senza rappresentanza e non al contratto preliminare, specificando che le differenze esistenti tra quest'ultimo e il *pactum* escludono la possibilità di equiparare le due figure. In effetti, la ricerca di elementi comuni tra fiducia e mandato non è un esercizio nuovo, se si considera che da anni aspetti quali gestione, rappresentanza e intestazione fiduciaria vengono studiati insieme⁽¹⁴⁾ (in particolare nell'ottica della fiducia), essenzialmente nei rapporti con il trust, al fine di coglierne l'utilizzabilità rispetto a situazioni, quali, ad esempio, quella della destinazione patrimoniale, sollecitate dal mercato⁽¹⁵⁾. Viene ravvisata nelle due figure la stessa struttura elementare⁽¹⁶⁾. In particolare, si rileva, proprio con riguardo alla struttura e alla funzione del *pactum fiduciae*, che il mandato senza rappresentanza, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo potrebbe piegarsi alle esigenze del *pactum* che contempra l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al sfiduciante un diritto, ma si candiderebbe come la figura negoziale praticamente più idonea a spiegare quel particolare intento. È innegabile, poi, che mandato e negozio fiduciario rappresentino, entrambi, casi di interposizione reale di persona⁽¹⁷⁾. Le interferenze fra mandato e fiducia sono, infatti, amplificate dalla nota comune della cura d'interessi altrui, attuata mediante l'interposizione di un soggetto che comunque ha il compito di una gestione finalizzata. Sono questi gli elementi che maggiormente accomunano le due fattispecie e sui quali i sostenitori della tesi dell'assimilabilità di mandato e negozio fiduciario fondano il proprio ragionamento. Si opina che il mandato assorbe senza residui tutti gli elementi dell'operazione fiduciaria, ossia l'acquisto del bene dal mandante-fiduciante o dal terzo, l'incarico gestorio, la promessa di ritrasferimento, traducendoli nella somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione (art. 1719 c.c.), nel compimento degli atti giuridici delegati (art. 1703 c.c.), nell'obbligo coercibile di ritrasferimento (art. 1706, 2° comma, c.c.)⁽¹⁸⁾.

La posizione non convince.

Si può osservare che nel mandato, l'"elemento fiduciario" è riferito essenzialmente al rapporto, alla fase dell'adempimento, trattandosi di un *facere*, e che l'attività gestoria non opera sulla base di un'investitura reale preventiva. Nella fiducia c'è invece il trasferimento, l'investitura della titolarità del bene, con il limite del vincolo di scopo; non è un caso, infatti, che si faccia uso della locuzione "intestazione fiduciaria". La fiducia, poi, è rivolta alla gestione del bene e a consentire la realizzazione di interessi che possono protrarsi nel tempo con più operazioni o atti complessi. Per questo motivo nella fiducia assumerebbe maggior rilievo la situazione proprietaria strumentale del fiduciario, in quanto duratura; mentre con il mandato si incarica di eseguire un atto soltanto, o più atti, ma determinati, per uno scopo prefissato, sicché la proprietà del mandatario sarebbe destinata ad esaurirsi in un lasso di tempo breve⁽¹⁹⁾. Una distinzione considerata per certi versi evanescente da chi sostiene la comunanza tra le due figure e che, facendo richiamo al caso concreto, nega che vi siano differenze operative di rilievo, tanto sul piano dei contenuti, quanto su quello delle norme applicabili⁽²⁰⁾. Non si tratta, però, dell'unica nota distintiva. Se è vero, infatti, che il contratto fiduciario integra una pattuizione che appare dallo scritto, ma con un vincolo o con una limitazione o con una condizione non espressa affidata alla fiducia dell'altro contraente⁽²¹⁾, come lo si può paragonare al mandato, nel quale non sussistono elementi non affidati alla espressa volontà delle parti? La risposta a questo interrogativo genera un certo imbarazzo se si sceglie di accedere alla tesi sopra esposta. Pur a voler ritenere che il mandato immobiliare ad acquistare possa essere orale, lo stesso dovrà sempre risultare completo ed espresso, nulla resta "affidato alla fiducia", tanto meno l'obbligo di ritrasferire. Il negozio fiduciario contiene, invece, qualcosa di non espresso, come ad esempio l'accordo che limita l'operato del fiduciario. Vi è di più. Assimilare fiducia e mandato comporterà: a) con riguardo all'attribuzione al fiduciario della titolarità dell'immobile o dei mezzi per acquistarlo dal terzo, la riconducibilità della prima a semplice

somministrazione di mezzi utili all'esecuzione del mandato⁽²²⁾; b) con riguardo alla proprietà fiduciaria del mandatario, l'esistenza di limiti giuridici predeterminati (coercibili e che garantiscono la tutela del mandante)⁽²³⁾. Un orientamento che, come osservato, presenta non poche zone d'ombra e che lascia irrisolta una messe di interrogativi.

L'obiettivo della pronuncia a Sezioni unite, come anticipato, sembra essere quello di dare una giustificazione sistematica ad un *pactum fiduciae* orale, altrimenti considerato nullo se privo della forma scritta *ad substantiam*. Invero, anche a voler inquadrare il negozio fiduciario in un mandato senza rappresentanza (ricostruzione che, come visto, non riesce persuasiva), è tutt'altro che automatica la conclusione in forza della quale non sarebbe necessaria la forma scritta per un accordo che, qualunque sia la sua veste giuridica, è finalizzato al trasferimento di diritti reali immobiliari.

Forma scritta e mandato senza rappresentanza: il problema dell'art. 1351 c.c.

Per la sentenza in commento – così come per le Sezioni unite e, prim'ancora, per altra giurisprudenza di legittimità⁽²⁴⁾ – il mandato senza rappresentanza non necessita di forma scritta (da qui la necessità di assimilarlo al patto fiduciario), trattandosi di atto meramente interno tra mandatario e mandante, che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio⁽²⁵⁾.

L'orientamento "innovativo"⁽²⁶⁾ contrasta con la convinzione, che per anni ha dominato in dottrina e giurisprudenza⁽²⁷⁾, secondo la quale la mancanza della forma scritta *ad substantiam* rende nullo il mandato anche senza rappresentanza che abbia ad oggetto un trasferimento immobiliare, impedendo che venga a costituirsi un rapporto giuridico⁽²⁸⁾. La ricostruzione origina da una distinzione – operata dalla stessa giurisprudenza di legittimità – tra mandato e procura, la quale esclude che il mandato con rappresentanza a vendere beni immobili sia soggetto all'onere di forma scritta ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1392 c.c. e 1350, 1° comma, n. 1, chiarendosi che gli effetti del contratto di compravendita si producono in capo al rappresentato in forza del solo rapporto di rappresentanza (cosa che invece non accade in caso di mandato senza rappresentanza), e non del mandato che, invece, ha una rilevanza meramente interna, con effetti solo tra mandante e mandatario⁽²⁹⁾. L'affermazione è stata spiegata in forza del collegamento tra contratto base, soggetto all'onere della prova, e atto di conferimento della procura, negandosi il richiamo all'art. 1704 c.c. (in forza del quale anche al mandato con rappresentanza si applicano le norme dettate per la procura), che lascia irrisolta la questione dell'applicazione o meno al mandato con rappresentanza del principio della libertà delle forme.

La forma scritta, come noto, viene imposta per gli acquisti immobiliari, in deroga al principio della libertà delle forme, così da responsabilizzare il consenso e dare certezza all'atto, in funzione della sicurezza della circolazione dei diritti. Sulla scia di tale assunto, è stato aggiunto che il mandato (inteso quale mandato senza rappresentanza), costituendo la fonte del solo rapporto interno di gestione, non necessiterebbe della forma scritta. Nel mandato senza rappresentanza non sussisterebbe, quindi, alcun rapporto tra mandante e terzo alienante, in quanto tutti gli effetti del contratto si produrrebbero in capo al mandatario. Di conseguenza, le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, che giustificano la forma scritta quale requisito di validità del contratto, non sussisterebbero con riguardo al mandato ad acquistare senza rappresentanza, che, di per sé, non è fonte di alcun atto di dismissione di diritto reale immobiliare in capo al mandante, ma fa sorgere un mero diritto del medesimo al compimento dell'attività gestoria da parte del mandatario. La ricostruzione riportata chiarisce, infine, che non è possibile, nei casi menzionati, fare ricorso all'art. 1351 c.c., dettato in tema di contratto preliminare, trattandosi di ipotesi eccezionale che deroga al generale principio di libertà delle forme, in quanto tale non suscettibile di applicazione analogica.

Al citato orientamento innovativo si contrappone quello prevalente in forza del quale il mandato a compiere atti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* deve rivestire la medesima forma⁽³⁰⁾. Viene rilevato come la volontà che dà vita al mandato sia la stessa che dà vita al negozio giuridico che, per conto del mandante, il mandatario è tenuto a compiere, così che, se per quest'ultimo è necessaria la forma scritta, anche l'atto con il quale il mandante dichiara la sua volontà deve rivestire la medesima forma, trattandosi di applicare la regola della necessità dell'atto scritto per le convenzioni relative agli immobili. Un assunto che deriva da una comunanza tra mandato e contratto preliminare, dovuta per lo più all'applicabilità anche al primo della disciplina dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto (art. 2932 c.c.).

L'orientamento innovativo, come visto, pone l'accento sulla rilevanza meramente interna del mandato, che, concernendo soltanto il rapporto gestorio, non abbisogna di forma scritta. Il rilievo è privo di consistenza. Anche per il contratto preliminare, infatti, non è possibile affermare che intercorre tra i promittenti un rapporto diverso da quello interno. Nel preliminare si esplicano solo effetti obbligatori tra le parti, eppure sussiste un vincolo di forma *per relationem*. È stato, poi, evidenziato che nel mandato ad acquistare immobili è contenuto anche un *pactum de contrahendo*, e precisamente di concludere il futuro negozio di trasferimento dal mandatario al mandante⁽³¹⁾. In verità molti, facendo leva sulla similitudine tra promessa di ritrasferimento e preliminare, hanno ritenuto possibile estendere per analogia alla prima la disciplina sulla forma dettata per il secondo⁽³²⁾.

Il discorso sin qui condotto coinvolge inevitabilmente il discusso "principio" della libertà delle forme⁽³³⁾. A voler banalizzare la questione e accettare acriticamente l'esistenza della libertà delle forme quale "principio" del nostro ordinamento, può dirsi che lo stesso trova fondamento, da un lato, nell'autonomia negoziale (il vincolo formale limiterebbe l'autonomia dei contraenti) e, dall'altro, nel combinato disposto degli artt. 1325 c.c. e 1350 c.c., che imporrebbero il vincolo di forma solo per determinati atti con specifiche finalità⁽³⁴⁾. L'art. 1350 c.c. rappresenterebbe, dunque, deroga e fondamento del suindicato principio, riportando quegli atti per la cui validità è necessaria la forma scritta⁽³⁵⁾. Le deroghe rappresentate dalla forma solenne trovano fondamento nelle peculiari qualità dei soggetti, ovvero in alcune tipologie di natura, oggetto, effetti e/o finalità dell'atto⁽³⁶⁾. La forma scritta *ad substantiam* si giustifica, infatti, in relazione agli effetti che certi atti sono destinati a produrre e/o agli interessi da questi perseguiti o sui quali possono potenzialmente incidere⁽³⁷⁾. Sono proprio gli interessi perseguiti in concreto che inducono alcuni a sostenere l'eccezionalità della norma, la quale (come chiarito dalla stessa pronuncia a Sezioni unite) concernerebbe solamente gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Si tratta di una conclusione rigida e dalla scarsa coerenza sistematica, che non tiene in debito conto, da un lato, la *ratio legis* – che mira appunto a disciplinare l'effetto – e, dall'altro, lo stesso dato letterale della norma – che non fa esclusivo riferimento agli atti traslativi di diritto reali immobiliari. L'art. 1350 c.c., infatti, attraverso l'elencazione di atti tra loro diversi, mette in evidenza un dato effettuale, ossia quello di incidere (trasferendo, ma non solo) su diritti reali immobiliari, per cui risulta necessario un determinato requisito formale. In tal senso l'art. 1350 c.c. non contiene un'elencazione tassativa (ed eccezionale), quanto più una casistica (certamente speciale) – dove l'effetto dell'atto è quello a cui viene ricollegata la forma vincolata – suscettibile di applicazione analogica e di estensione ad ulteriori fattispecie con medesima *ratio*⁽³⁸⁾. Questa ricostruzione fornisce una prospettiva sistematica capace di tenere conto anche conto dei profili applicativi del diritto.

Il ragionamento poc'anzi condotto non può risultare estraneo al successivo art. 1351 c.c., che, a sua volta, deroga (anche se probabilmente il termine è improprio) al principio della libertà delle forme. In forza di tale norma, il vincolo di forma previsto per il contratto definitivo è esteso anche al relativo preliminare, che, ove ne fosse privo, risulterebbe nullo.

La Suprema Corte, al fine di escludere la necessità del vincolo formale per il mandato (e quindi per il patto fiduciario), avalla l'eccezionalità dell'art. 1351 c.c. e, dunque, l'impossibilità di una sua applicazione analogica o estensiva ad ipotesi diversa dal contratto preliminare⁽³⁹⁾. Anche in questa ipotesi, una ricostruzione siffatta non dà alcun rilievo alla *ratio legis* e al dato effettuale, rischiando di cadere un cieco formalismo.

Nel richiedere la forma scritta a pena di nullità anche per il preliminare, il legislatore mette in evidenza un meccanismo, quello con cui ci si obbliga a trasferire, chiarendo che anche per lo stesso è avvertita l'esigenza di responsabilizzazione del consenso e di certezza, sottesa alla necessità della forma scritta. Non sono solo gli atti traslativi di diritti reali immobiliari ad essere soggetti all'onere della forma scritta, ma anche quelli che assolvono ad una funzione strumentale relativamente a vicende immobiliari. La forma *per relationem* deve ritenersi applicabile a tutti i patti che vincolano alla stipula di un altro patto di cui predeterminano il contenuto essenziale⁽⁴⁰⁾. È il dato effettuale, in tal caso, l'ago della bilancia per una lettura sistematica della norma⁽⁴¹⁾. Non è il preliminare in sé considerato, ma tutte le operazioni con le quali le parti assumono la responsabilità dell'effetto reale a dare rilievo all'esigenza di responsabilizzazione⁽⁴²⁾. Escluderne l'estensibilità al mandato ad acquistare, e più in generale, a qualsiasi patto che vincoli a trasferire un immobile, che non sia un contratto preliminare, di fatto svuoterebbe la norma di significato.

Il mandato senza rappresentanza, in particolare, così come chiarito sopra e come evidenziato dalla stessa giurisprudenza che si fa portavoce dell'orientamento innovativo, dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio⁽⁴³⁾. Quale che ne sia la struttura e a prescindere dalla posizione del mandatario rispetto al bene, non è revocabile in dubbio che lo stesso si obbliga nei confronti del mandante ad operare il ritrasferimento. Chi stipula un mandato, infatti, deve comprendere di dar luogo ad un meccanismo che non può più essere arrestato, se non con una nuova manifestazione di consenso di entrambe le parti.

Un contratto come il mandato immobiliare ad acquistare deve, quindi, rivestire forma scritta non perché assimilabile – nella parte che riguarda la promessa di trasferimento – al preliminare, ma perché ne condivide il profilo effettuale, ossia obbligare a trasferire⁽⁴⁴⁾. Quanto detto non esclude che tra mandato e preliminare vi sia una distinzione – invero non così netta come i giudici affermano – dalla quale, tuttavia, non è possibile desumere l'inapplicabilità dell'art. 1351 c.c. I termini della questione, infatti, riguardano solo latamente la distinzione tra le figure – su cui tuttavia insiste la Corte –, risultando centrale l'inquadramento – in termini di norma eccezionale o meno – dell'art. 1351 c.c. L'assunto in forza del quale la norma in parola ha natura eccezionale rende irrilevante il discorso relativo al distinguo tra fattispecie, in quanto, similitudine o meno, l'art. 1351 c.c. potrebbe nel concreto applicarsi solo al preliminare. Nonostante la centralità del rilievo, i giudici non si soffermano in modo particolare sul punto e non forniscono argomentazioni a sostegno dell'eccezionalità, limitandosi a richiamare un precedente⁽⁴⁵⁾. Un'eccezionalità, invero, difficilmente sostenibile, analogamente a quella dell'art. 1350 c.c. (non ritenuto norma eccezionale neppure dalla Corte) se, come osservato, s'intende dare una lettura coerente e sistematica della norma che

tenga in considerazione meccanismo ed effetti più che il mero dato letterale, il quale ultimo porterebbe all'illogica conseguenza di trattare in maniera diversa situazioni uguali.

Rilevato che non può essere la ricostruzione in termini di mandato senza rappresentanza ad escludere l'applicabilità al patto fiduciario del vincolo formale richiesto dall'art. 1351 c.c., la valutazione va operata tenendo conto degli effetti e della struttura, così come intesi per la fiducia romanistica *cum amico* (fattispecie oggetto dell'attenzione dei giudici di legittimità)⁽⁴⁶⁾.

L'effetto obbligatorio nella struttura del patto fiduciario: similitudini con il contratto preliminare

Il discorso sull'applicabilità dell'art. 1351 c.c. al patto fiduciario, considerato quanto detto, ruota intorno alla riconducibilità di quest'ultimo nella casistica dei *pacta de contrahendo*. All'uopo, tenendo presente la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte⁽⁴⁷⁾ ed anche le premesse argomentative, il ragionamento deve focalizzarsi sull'impegno di ritrasferimento dell'immobile⁽⁴⁸⁾.

L'orientamento tradizionale⁽⁴⁹⁾, come rimarcato in motivazione dalla stessa Corte a Sezioni unite, equipara la promessa di ritrasferimento al contratto preliminare, considerato che tale accordo comporta l'assunzione da parte del fiduciario dell'obbligo di ritrasferire al fiduciante un determinato diritto e, di conseguenza, di stipulare con lui un successivo contratto -, con la conseguente applicazione della disciplina dettata dal codice civile per questo schema negoziale. Un tale inquadramento porta con sé inevitabili conseguenze, tra cui: i) l'applicabilità dell'art. 1351 c.c., ove il patto abbia oggetto immobiliare, con la conseguente nullità dello stesso qualora sia stipulato oralmente (artt. 1418, 2° comma, e 1325, n. 4, c.c.)⁽⁵⁰⁾; ii) l'inapplicabilità dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. in caso di difetto di forma; iii) l'eventuale dichiarazione unilaterale del fiduciario che affermi l'esistenza del patto stipulato oralmente e si riconosca obbligato al trasferimento del bene al fiduciante non è sufficiente in caso di originario difetto di forma dell'atto. È onere del fiduciante, quindi, dimostrare l'esistenza di un 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 dell'immobile⁽⁵¹⁾. La dichiarazione unilaterale del fiduciario non è comunque sufficiente allo scopo, in quanto 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: con riguardo al trasferimento della proprietà immobiliare, il requisito della forma scritta non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante del contratto né come prova del medesimo; pertanto, il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il 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 questo accordo rivesta la forma scritta e contenga tutti gli elementi essenziali del contratto non risultanti dall'altro documento, senza alcuna possibilità di integrazione⁽⁵²⁾.

Come anticipato, la ricostruzione in termini di preliminare è stata oggetto di critiche, in particolare - per quello che qui rileva - da parte della sentenza in commento, che condivide la posizione assunta dalle Sezioni unite. Le quali, nel sottolineare la distinzione tra patto fiduciario e preliminare, hanno evidenziato che, in quest'ultimo, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede, mentre 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. Dunque, mentre l'obbligo di trasferire contenuto nel 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 riferirebbe 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 nominata; diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario si avrebbe, secondo la Corte, un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento s'identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che esso origina. Nessuna di queste argomentazioni è falsa, tuttavia nessuna si sofferma sull'unico tratto che potrebbe realmente distinguere preliminare e patto fiduciario: la causa.

La Corte, infatti, com'è stato correttamente osservato, nell'operare la distinzione tra mandato - e, dunque, patto fiduciario - e preliminare, si sofferma generalmente sui motivi e sul contesto⁽⁵³⁾.

I motivi, come noto, sono le ragioni soggettive che inducono le parti al contratto, dunque risultano in grado di spiegare, ma non forniscono una definizione alla fattispecie⁽⁵⁴⁾. Proprio perché attengono alla sfera soggettiva e, dunque, non sono comuni ad entrambe le parti, i motivi sono di norma irrilevanti⁽⁵⁵⁾. Il motivo non connota la fattispecie, tutt'al più aiuta a delineare il caso concreto.

Una distinzione che voglia avere una reale valenza deve volgere lo sguardo necessariamente al contenuto, alla struttura del vincolo dove, invece, questa netta distinzione tra figure sembra andare sfumando, quasi scomparendo. La promessa di trasferimento, tanto del preliminare quanto del patto fiduciario, vincola a un trasferimento di diritti. Che i successivi negozi (per dirla con un termine improprio "definitivi") siano

differenti poco importa ai fini di un raffronto. Dopo tutto il preliminare è tale non solo quando ha ad oggetto un definitivo di vendita.

Nel *pactum fiduciae* l'effetto obbligatorio ha una duplice funzione: da un lato, mantenere il potere del fiduciante sul bene, vincolando il fiduciario al ritrasferimento in caso di richiesta – che è proprio la funzione del preliminare (obbligare a trasferire) –; dall'altro, in via solo indiretta-, conformare la proprietà del fiduciario. Così come per il patto fiduciario, anche il preliminare mira a neutralizzare il consolidamento della proprietà del promittente alienante attraverso un potere ad efficacia reale della controparte.

A voler ulteriormente puntualizzare, la Corte nel raffronto operato prende come parametro il segmento in cui viene attribuita al fiduciario la proprietà fiduciaria, senza invece focalizzarsi – in maniere più corretta – su quello dove lo stesso si vincola a ritrasferirla.

I richiamati rilievi, tuttavia, sono di contorno, poiché l'esistenza o meno di una comunanza tra figure non è risolutiva ai fini della problematica formale. Tornando al quesito con cui si è chiuso il precedente paragrafo: è possibile ricondurre il patto fiduciario, per funzione e struttura, alla previsione normativa dell'art. 1351 c.c. – nell'ottica sempre che si tratti di norma non eccezionale e, dunque, estensibile⁽⁵⁶⁾ –?

Si può propendere per la risposta positiva.

Che si assimili il *pactum* al preliminare o meno, la norma oggetto di riflessione fa riferimento a "qualunque atto di volontà negoziale con il quale ci si impegni a contrarre e richiede la medesima forma del contratto che ci si obbliga a concludere"⁽⁵⁷⁾; pertanto, in virtù di una lettura coerente, che abbia cura di considerare anche gli effetti che il negozio è volto a produrre, il patto fiduciario non può rimanerne estraneo⁽⁵⁸⁾. Al fatto così integrato l'ordinamento fa seguire effetti impegnativi fra le parti e, in prospettiva diversa, attribuisce rilevanza al negozio nei confronti dei terzi, come conseguenza autonoma del titolo dell'acquisto e della sua trascrizione⁽⁵⁹⁾. Partendo da tale assunto, il patto fiduciario non è un contratto "senza forma", ma riveste una forma coerente ai suoi effetti e alla operazione più ampia di cui fa parte⁽⁶⁰⁾. Operazione che, in ogni caso, non può non tenere in considerazione i diritti dei terzi alla certezza e all'affidamento. La tutela del fiduciante – sempre centrale nel ragionamento dei giudici di legittimità – non può prevalere su quella di tutti i terzi. Né si può aggirare l'esigenza di controllo dell'eventuale illiceità del patto fiduciario per violazione delle norme antiriciclaggio, delle disposizioni fiscali o penali, e, comunque, del divieto costituzionale di violare l'utilità sociale.

Gli inevitabili corollari: la forma scritta, l'onere della prova e il problema del pagamento traslativo

Quanto fin'ora argomentato vale ad evidenziare l'incoerenza del costrutto motivazionale della pronuncia in commento (e, quindi, della sentenza a Sezioni unite), e di conseguenza delle conclusioni raggiunte relativamente alla non necessità (ai fini della validità) della forma scritta del *pactum fiduciae*, ma non risulta sufficiente a prospettare risposte compiute alle questioni ulteriori sollevate dalla Suprema Corte.

In primo luogo, i giudici – prendendo le mosse dal caso concreto –, nel tentativo di fondare sul piano logico-giuridico l'assunto della non necessità della forma scritta del *pactum fiduciae*, si soffermano sull'eventuale e successivo atto del fiduciario – con il quale lo stesso, riconoscendo la proprietà del fiduciante, si obbliga a ritrasferire il bene –, a cui viene riconosciuta validità pur se avente struttura di dichiarazione unilaterale ricognitiva e che dovrà avere forma scritta. L'intento si direbbe sia in ogni caso quello di recuperare la formalità di un fenomeno, quello fiduciario, che comunque sembra richiederla, se non altro per ragioni pratiche (fra tutte la trascrizione) difficilmente aggirabili. Nel soffermarsi sul suddetto atto unilaterale promissivo del trasferimento, le Sezioni unite – citate dalla sentenza in commento – chiariscono che lo stesso non è fonte dell'obbligazione che va, invece, ricercata nel *pactum* orale.

La dichiarazione ricognitiva è riconducibile, secondo i giudici, alla promessa di pagamento ex art. 1988 c.c. a tenore del quale la promessa di pagamento o la ricognizione del 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. Ne conseguirebbero la *relevatio ab onere probandi* e il rafforzamento della posizione del fiduciante che non dovrà dimostrare il rapporto fondamentale⁽⁶¹⁾. La ricostruzione in termini di promessa di pagamento parte dal necessario presupposto della validità del patto orale, dal quale origina l'obbligo di trasferimento, risultando la dichiarazione unilaterale del fiduciario solo una ricognizione in forma scritta dell'impegno sorto con il patto orale; ove quest'ultimo venisse reputato nullo, infatti, l'impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento sarebbe privo di causa⁽⁶²⁾.

La Corte non fa proprio – a causa dell'evidente contrasto con l'art. 1987 c.c. – il precedente del 2014 secondo il quale la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario non sarebbe una semplice promessa di pagamento, ma autonoma fonte di obbligazione, ove contenga un impegno attuale e preciso al ritrasferimento⁽⁶³⁾. La dottrina, infatti, aveva evidenziato la criticità di tale ricostruzione, sia perché le promesse unilaterali sono tipiche nel senso che non producono effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge (art. 1987 c.c.), sia perché l'obbligo del fiduciario al trasferimento sorge già dal *pactum fiduciae*⁽⁶⁴⁾. L'inquadramento nell'alveo delle promesse unilaterali, pur consentendo di superare l'imbarazzo

determinato da un contrasto con l'art 1987 c.c. e da un atto unilaterale atipico fonte di obbligazione, contraddice implicitamente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità da sempre contrario all'applicazione della disciplina di cui all'art 1988 c.c. alle fattispecie relative ai diritti reali (tanto di carattere traslativo, quanto conformativo)⁽⁶⁵⁾. La scelta del meccanismo di cui all'art. 1988 c.c. non è di certo l'unica utile a garantire un concreto risvolto effettuale al patto fiduciario orale: la giurisprudenza, infatti, ha sostenuto che anche una generica dichiarazione di altrui appartenenza possa assumere valore di impegno a disporre secondo il patto fiduciario⁽⁶⁶⁾, purché dall'atto scritto risulti l'*expressio causae*⁽⁶⁷⁾. Non è l'atto unilaterale di per sé a determinare l'obbligo di trasferire, ma la produzione in giudizio della scrittura da parte del fiduciante, inquadrata quale accettazione⁽⁶⁸⁾. Si tratterebbe di una fattispecie a formazione progressiva, nella quale l'atto unilaterale andrebbe a completare con lo scritto il patto fiduciario orale, così da dotarlo di tutti gli elementi necessari per la piena realizzazione degli effetti voluti (compreso il trasferimento anche coercitivo del bene). Non sarebbe, quindi, necessario aderire alle teorie che affermano la validità di promesse unilaterali atipiche, poiché la vincolatività della dichiarazione unilaterale potrebbe essere affidata, ad esempio, ad un meccanismo quale quello dell'art. 1333 c.c.⁽⁶⁹⁾, nel quale la ricostruzione in termini di bilateralità o unilaterali⁽⁷⁰⁾ non risulta dirimente, trattandosi di solito di situazioni (similmente a quanto accaduto nel caso vagliato dalle Sezioni unite) dove il soggetto obbligato cerca di sottrarsi alla pretesa del promissario, rilevando l'incompletezza del vincolo per effetto della mancata accettazione⁽⁷¹⁾.

Non s'intende proporre quella dell'art. 1333 c.c. quale soluzione alla dinamica del patto fiduciario, così come fin qui intesa; tuttavia, l'indicazione torna utile per rilevare che l'inquadramento del problema realizzato dalla sentenza è non soltanto uno tra i possibili, ma anche quello che presenta le maggiori criticità. Di alcune di queste i giudici si fanno carico, ma non sempre le soluzioni fornite risultano appaganti. Ci si riferisce, in particolare: *i*) alla prova, nel caso in cui la dichiarazione ricognitiva non sussista, e *ii*) alla trascrizione.

Il meccanismo costruito dai giudici, al netto delle rilevate problematicità, può valere nella misura in cui il fiduciario realizzi la dichiarazione successiva ricognitiva dell'obbligo di ritrasferire. Nell'ipotesi di mancanza di quest'ultima, del patto orale andrà fornita una qualche prova in sede di giudizio. La prova, tuttavia, assume rilievo non soltanto con riguardo al patto, ma anche ai fini della sentenza traslativa, per i cui effetti è necessaria un'esatta e puntuale individuazione dell'immobile⁽⁷²⁾. La stessa dovrà essere fornita dal teste – qualora il giudice ne valuti l'ammissibilità –, ma è evidente che l'indicazione di simili elementi mal si concilia con la natura stessa della prova per testi⁽⁷³⁾, essendo difficile immaginare un testimone che sia a conoscenza non soltanto del patto fiduciario, ma anche dei dati relativi ad un immobile altrui⁽⁷⁴⁾.

Con riguardo alla trascrizione la questione è ancora più delicata, considerato che il fiduciante si troverà a dover trascrivere l'atto di ritrasferimento, inquadrato dai giudici della Corte nel novero dei pagamenti traslativi (alla stregua di quanto previsto per il mandato), trattandosi di atto di esecuzione avente fondamento causale nell'accordo orale.

L'inquadramento in termini di negozio traslativo non sembra porre questioni di liceità e meritevolezza, conoscendo la prassi casi in cui è l'autonomia privata a creare l'obbligo di dare⁽⁷⁵⁾. Un obbligo di dare si può, ad esempio, individuare nel preliminarizzare ad effetti anticipati⁽⁷⁶⁾: se già al momento del preliminarizzare il promissario acquirente riceve la consegna del bene e versa tutto il prezzo, il definitivo non vale che ad investire il compratore della proprietà, e si atteggia, pertanto, ad atto esecutivo non già di un fare, bensì di un dare. In tale ipotesi particolare il definitivo non si presenta come vera e propria compravendita, perché non ne derivano gli effetti tipici, già realizzati: obbligo di pagare il prezzo (art. 1498 c.c.), e quello di consegnare il bene (art. 1476, n. 1, c.c.). Si tratterebbe, quindi, di una mera esecuzione dell'obbligo di trasferire assunto col preliminarizzare⁽⁷⁷⁾. Il fiduciante, quindi, acquisterebbe il bene tramite tale atto (considerato quale *modus acquirendi*)⁽⁷⁸⁾ e il suo titolo di acquisto *ud* sarebbe il *pactum*⁽⁷⁹⁾: qui risiede il problema, nella scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, tenuto conto che, di norma, ai fini della trascrizione quello che viene considerato è il *titulus*.

La Corte, evidenziando l'astrattezza dell'atto solutorio, chiarisce la necessità, al fine di dare una giustificazione al trasferimento, che lo stesso contenga l'*expressio causae*, ossia la menzione del contratto che dà causa all'operazione. Giova, quindi, comprendere se il conservatore, al quale fosse proposto un atto che rappresenti il *modus acquirendi*, contenente l'*expressio causae* (e dunque il riferimento al *titulus acquirendi*) ne accetterebbe la trascrizione. Possibile, ma non probabile. Considerato il funzionamento dei registri immobiliari⁽⁸⁰⁾, e dato che è il *titulus* la causa dell'acquisto, risulta in effetti solo astrattamente possibile che esista un conservatore disposto a seguire l'*iter* argomentativo dei giudici, e ad accettare di trascrivere un atto che rappresenta il *modus acquirendi*, dove la causa dell'operazione venga indicata *de relato*.

La trascrizione rappresenta, tuttavia, soltanto il momento successivo di un procedimento che prende avvio nel momento in cui il notaio viene incaricato di ricevere l'atto. Immaginiamo, dunque, che il pubblico ufficiale, tenendo presente l'orientamento delle Sezioni unite, si ritrovi a ricevere l'atto di ritrasferimento in attuazione del *pactum fiduciae* orale: il problema sussiste se si tiene a mente che la funzione del notaio è dare veste giuridica alla volontà espressa dalle parti. Nell'ipotesi che qui rileva, il notaio si troverebbe a

ricevere un atto (pagamento traslativo, seguendo il ragionamento dei giudici) sul presupposto della sussistenza (mera dichiarazione di parte) di un pregresso negozio fiduciario orale, su cui sarebbe fondato l'intero sistema causale del trasferimento immobiliare⁽⁸¹⁾. Fatta eccezione per l'*expressio causae*, il notaio non avrebbe altra traccia utile a valutare la situazione pre-esistente al trasferimento. Considerata anche la sua funzione di garanzia, è difficile immaginare che un notaio riceva un trasferimento di questo tipo, che potrebbe celare situazioni ben diverse da accordi fiduciari: ad esempio, colui che dichiara di trasferire in adempimento di un pregresso patto fiduciario potrebbe rivelarsi un debitore che, in spregio al divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.), ceda il bene al creditore. Il notaio realisticamente non accetterebbe di ricevere un "pagamento traslativo" senza aver visionato il *titulus* cui lo stesso accede. Ove ciò non fosse possibile (patto orale), è intuibile che alle parti (entrambe in questo caso) venga proposto di stipulare un contratto, a mezzo del quale trasferire il bene dal fiduciario al fiduciante, nel rispetto della causa che le parti indicheranno, sia essa gratuita oppure onerosa⁽⁸²⁾.

Il profilo causale: il grande assente

Nell'analisi del nuovo orientamento inaugurato dalle Sezioni unite resta da considerare un ultimo, ma non meno significativo aspetto: lo scarsissimo rilievo attribuito al dato causale del negozio fiduciario.

I giudici si occupano di tale profilo solo *a latere*, con riferimento alla dichiarazione scritta con cui *ex post* il fiduciario riconosce un sottostante patto di affidamento, dichiarazione che dovrà contenere l'*expressio causae*. Nel ricostruire la struttura fiduciaria, infatti, la Corte chiarisce che la reale fonte dell'obbligazione è da ricercare nel precedente *pactum* orale, da cui si ricava la causa dell'intera operazione, venendosi ad integrare – con la successiva dichiarazione ricognitiva – un'ipotesi di astrazione processuale. Il problema della causa, tuttavia, non viene in nessun punto sviluppato o approfondito.

Da un lato, quindi, la sentenza pone il problema dell'astrazione e, dall'altro, pur individuando la causa del negozio nel patto orale, lascia la questione sullo sfondo.

Evitando di affrontare il problema causale, i giudici mancano la possibilità di una risposta concreta all'esigenza di sistemazione giuridica del patto fiduciario orale. Con una maggiore attenzione ai risvolti causali, la Suprema Corte avrebbe potuto, quanto meno, evitare la problematica dell'astrazione. Non è, infatti, detto che la causa risieda esclusivamente nel patto orale, se si tiene a mente la distinzione – correttamente operata dalla giurisprudenza di legittimità⁽⁸³⁾ – tra interesse primario (o presupposto) e interesse strumentale. Quest'ultimo rappresenta l'interesse corrispondente alla prestazione oggetto di obbligazione, mentre l'interesse primario o presupposto è connesso all'interesse regolato già al momento della programmazione negoziale (quindi non contingente e occasionale), risultando così motivo comune e rilevante a livello della causa del contratto. Nella fattispecie in commento l'interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto dell'obbligazione, è contenuto nel *pactum fiduciae* con cui le parti si vincolano, mentre l'interesse primario comune ad entrambe le parti sarebbe contenuto nel successivo negozio ricognitivo con cui il fiduciario si obbliga al ritrasferimento. L'interesse primario, comune ad entrambe le parti, sarebbe rappresentato dal ripristino della situazione originaria, nel momento in cui lo scopo fiduciario risulti raggiunto. Un interesse che, proprio perché comune, entrerebbe nella causa. Una chiave di lettura come quella così abbozzata potrebbe avere una ragion d'essere accedendo alla ricostruzione sopra proposta, che inquadra la ricognizione del fiduciario nell'ambito dell'art. 1333 c.c. In tal modo si verrebbe, da un lato, a recuperare la bilateralità della fattispecie e, dall'altro (soprattutto), a superare l'astrattezza. Ragionare utilizzando il duttile strumento rappresentato dalla causa avrebbe concesso ai giudici una maggiore concretezza delle conclusioni raggiunte, ma non avrebbe posto rimedio alle suindicate questioni di ordine pratico che avrebbero, probabilmente, paralizzato anche una simile costruzione.

La scelta di non soffermarsi sulla questione causale si riscontra anche nella dichiarazione, da parte dei giudici di legittimità, di non prendere posizione in merito alle ricostruzioni sulla fiducia, tenuto conto (a loro dire) che il quesito sulla forma (della promessa di ritrasferimento) pone un problema pratico, la cui soluzione prescinde dall'adesione ad una ricostruzione piuttosto che ad un'altra⁽⁸⁴⁾. Aderire ad una ricostruzione in ordine alla struttura, infatti, ha certamente delle conseguenze in ordine all'inquadramento causale che, a sua volta, ha delle inevitabili ricadute pratiche.

Una decisione che ambisca a risolvere un problema pratico e ad avere una qualche coerenza, difficilmente può prescindere dalla questione sostanziale sottesa.

La causa colora la fattispecie e, quindi, ammettere l'esistenza di una *causa fiduciae* propriamente intesa può conferire all'operazione una luce differente. Non è questa la sede per affrontare in maniera critica e approfondita il discorso relativo alla *causa fiduciae*, ma non si può prescindere da alcuni rilievi in merito alla sua incidenza.

La *causa fiduciae*, intesa quale elemento essenziale dell'operazione fiduciaria – in forza della quale vi è il trasferimento di un bene con un vincolo di destinazione o di ritrasferimento dello stesso, trascorso un dato periodo di tempo o verificatisi determinati eventi, o, ancora, la destinazione del bene ad un fine determinato –, ove se ne ammetta il rilievo, dà luogo alle c.d. posizioni fiduciarie, nel senso che il fiduciario deve usare la titolarità del diritto reale trasferitogli per un fine più ristretto rispetto a quello che gli darebbe

la proprietà nella sua classica accezione. Il fiduciario è *medio tempore* un proprietario, titolare di una proprietà – seppur conformata – creata per la realizzazione di uno scopo. La *causa fiduciae* determina conseguenze rilevanti in ordine all’assetto della *res*, e ritenere che “la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione nell’interesse del fiduciante e successivo ritrasferimento”, non è una notazione neutra. La situazione proprietaria del fiduciante infatti risulta essere duratura, proprio per questo essa assume un rilievo tale da andare a colorare l’elemento causale.

La Corte, assimilando fiducia e mandato, mostra di non ritenere realmente ammissibile la proprietà fiduciaria⁽⁸⁵⁾, così declassando la *causa fiduciae* a mero motivo. Con ciò non si vuole certo affermare che i giudici di legittimità avrebbero dovuto costruire la loro motivazione sulla *causa fiduciae* e sulla proprietà fiduciaria, ma sicuramente tale via avrebbe dato alle conclusioni delle pronunce quella logicità e coerenza che mancano con l’adesione alla ricostruzione del *pactum* in termini di mandato. Inoltre, la Corte avrebbe sfruttato un’opportunità per dissipare qualche dubbio sulla questione.

Come già rilevato, la maggiore criticità dell’orientamento inaugurato dalle Sezioni unite risiede nel fatto che lo stesso, pur essendo totalmente rivolto alla risoluzione di una fattispecie concreta, perde di vista le ricadute pratiche delle posizioni assunte. I giudici insistono sul dato formale, tentando di dare rilievo giuridico alla prassi fiduciaria, con ciò immaginando di fornire maggiore garanzia e stabilità alla posizione del fiduciante. Si perde, in realtà, di vista la fase patologica del rapporto e si finisce per non fornire una soluzione volta alla protezione giurisdizionale del fiduciante.

La validità del *pactum* orale consente alla Corte di superare la nullità conseguente al difetto formale e, dunque, di garantire al fiduciante, in caso di inadempimento, una tutela non solo volta alla ripetizione dell’indebito. Sul punto, il Supremo Collegio non fa proprio il suo stesso orientamento – espresso in tema di mandato – avallato da parte della dottrina, in forza del quale il mandato nullo per difetto di forma non fa cadere la relazione fiduciaria tra i contraenti ed i naturali effetti che ne conseguono, così accogliendo l’azione risarcitoria del mandante verso il mandatario per responsabilità contrattuale⁽⁸⁶⁾. Tale soluzione, solo apparentemente eversiva rispetto alle conseguenze della nullità, ben si spiega ove ci si soffermi sul contenuto del mandato e, per quanto rilevato dalla Corte, del patto fiduciario, isolando l’obbligo a trasferire al fiduciante rispetto agli altri effetti prodotti dal patto e che persistono, nonostante il mancato rispetto della forma legale, in quanto quest’ultima risulta necessaria esclusivamente a sostenere quella parte del patto che impone al fiduciario l’obbligo di trasferire al fiduciante⁽⁸⁷⁾.

La ricostruzione della Corte recupera (con difficoltà) il rimedio risarcitorio – che comunque poteva essere altrimenti recuperato –, ma crea seri problemi sul versante del ben più incisivo rimedio dell’esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Al fine di riconoscere validità al patto orale, i giudici si trovano, per giustificare l’esperibilità dell’art. 2932 c.c., a forzare il dato interpretativo, dando quasi per pacificamente ammissibile tale rimedio anche per i contratti di mandato inadempiti, a forma libera e insuscettibili di trascrizione. È vero che forma orale e trascrizione possono non essere tra i presupposti indefettibili per l’applicabilità dell’art. 2932 c.c.⁽⁸⁸⁾, ma si tratta di una ricostruzione che si presta a rilievi critici: si pensi a quanto detto sopra con riguardo all’ipotesi di assenza di atto ricognitivo del fiduciario, ove il fiduciante intenda dimostrare, in sede di esecuzione in forma specifica, l’esistenza del *pactum* e fornire i dati necessari alla corretta individuazione dell’immobile, tramite la prova testimoniale. Sembra, quindi, che l’esigenza di semplificazione insita nella scelta della forma libera venga meno, dato che in un’ipotesi quale quella prospettata complica la fattispecie.

Rilievi conclusivi

Si rende necessario a questo punto tirare le fila del discorso.

L’intero costruito motivazionale della Corte ambisce a dare sostegno alla validità di un *pactum fiduciae* orale, assimilabile ad un mandato senza rappresentanza. Nella direzione indicata i giudici aderiscono ad una serie di ricostruzioni, trascurando o addirittura dando per pacifiche situazioni che pacifiche non sono (si pensi all’art. 1988 c.c. applicabile ai contratti con effetti reali). Ciò sarebbe giustificato se valesse a collocare coerentemente il *pactum* orale nel nostro sistema ordinamentale. Tuttavia così non è.

Sembra che la Corte sacrifichi la coerenza della motivazione per far fronte ad un fine ulteriore, ossia fornire una risposta pragmatica ad un problema diffuso.

Com’è stato giustamente osservato – e a sostegno di una simile spiegazione ci sarebbe quanto chiarito dalla stessa Corte in ordine alla fiducia come casistica –, e il lettore deriva dalla sentenza l’impressione che non sia tanto la motivazione ad aver condotto alla decisione, quanto la decisione a “cercare una motivazione che disinnesci l’esito logico delle regole”⁽⁸⁹⁾. Siamo di fronte ad una pratica non di certo sconosciuta (soprattutto negli ultimi anni) con cui i giudici ricercano, attraverso una decisione, la giustizia per il caso concreto (in tale ipotesi, per una casistica)⁽⁹⁰⁾. La Suprema Corte, tuttavia, più che fornire una soluzione, fornisce una ricostruzione, con tutte le conseguenze che ciò comporta. Ricostruzione che, non tenendo in debito conto il dato sostanziale, finisce per peccare di coerenza.

Da un’attenta analisi delle pronunce emerge un dato: la forma scritta del *pactum* (tanto osteggiata dai giudici) non solo è necessaria sulla base di un’interpretazione logica delle norme, ma è opportuna per

fornire una risposta a rationale alle esigenze pratiche. È evidente che un'interpretazione ragionevole degli artt. 1350 e 1351 c.c. induce a ritenere necessario il formalismo del *pactum*, inteso quale insieme degli effetti che lo stesso mira a produrre. La forma scritta è opportuna per ragioni pratiche, al fine di garantire al fiduciante una reale tutela.

Nella prospettiva di offrire risposta a un problema pratico, l'obiettivo di individuare nel sistema⁽⁹¹⁾ uno strumento di tutela appagante rispetto alle esigenze del fiduciante aggirato può essere raggiunto ricorrendo allo schema del contratto preliminare. Nonostante suscitati perplessità, come precedentemente argomentato, la riconduzione di una figura unitaria ed autonoma, dotata di propria causa, quale il *pactum fiduciae*, all'interno di uno schema negoziale tipico, accedendo alla tesi del contratto preliminare, munirebbe il fiduciante, in fase patologica, del rimedio specifico dell'art. 2932 c.c. e soprattutto della tutela apprestata dall'effetto prenotativo della trascrizione ex art. 2645-bis c.c., mentre il vantaggio ascrivibile alla soluzione dei giudici consisterebbe in concreto nella sola maggiore libertà di espressione della volontà negoziale.

Si potrebbe a ciò obiettare che in tal modo non si dà risposta alla prassi che vede diffuso il *pactum* orale. Tuttavia, un'esigenza di senso comune difficilmente può giustificare una posizione così ricca di conseguenze quale quella assunta dalla Suprema Corte. Siamo di fronte alle esigenze di tutela del fiduciante aggirato, che prima si "affida" alla genuinità del comportamento del fiduciario⁽⁹²⁾ (non ritenendo necessario munirsi di alcun accorgimento che dia una qualche certezza all'impegno del fiduciario) e poi si duole di non avere a disposizione un rimedio che gli consenta di riappropriarsi del bene⁽⁹³⁾.

Come si è ventilato in apertura, la questione sembra, in conclusione, potersi annoverare tra quelle nelle quali i giudici, nello spasmodico tentativo di assecondare talune esigenze pratiche (a costo di trascurarne altre), creano più problemi di quelli che riescono a risolvere.

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

(1) Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459. Per il commento v. M. Palazzo, *La forma del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili* e A. Orestano, *Fiducia e mandato immobiliari: questioni in tema di forma e di struttura* in *Giur. It.*, 2020, rispettivamente 2625 e 2634.

(2) In linea generale si parla di negozio fiduciario quando sussiste un accordo, connesso ad una sottostante fattispecie traslativa, con cui un soggetto (fiduciario), pur intestando in proprio favore taluni diritti su beni, si obbliga a ritrasferirli ad altro soggetto (fiduciante), riconoscendo in quest'ultimo il reale destinatario dell'intera operazione economica posta in essere.

(3) Tra tutti, U. Carnevali, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 3, 2020, 265 e segg.; N. Lipari, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*, in *Foro It.*, 2020, I, c. 1951; U. Morello, *La "ricognizione" degli accordi fiduciari*, in *Notariato*, 3, 2020, 290 e segg.

(4) A. Gentili, *La forma scritta del patto fiduciario immobiliare*, in *Corriere Giur.*, 2019, 1473 e segg., il quale nel commentare l'ordinanza di rimessione alle Sez. un., 5 agosto 2019, n. 20934 chiarisce che questa certezza si è offuscata, avendo il dubbio investito prima il caso del mandato immobiliare ed in seguito il patto fiduciario.

Sembra difficile ravvisare realmente l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale: esiste una sola pronuncia (Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10633, annotata da A. Schillaci, *Negozio fiduciario, impegno a ritrasferire la proprietà degli immobili su richiesta ed esecuzione in forma specifica*, consultabile su camminodiritto.it.) 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 (v. C.A. Valenza, *Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *Giur. It.*, 2020, 290).

Sostiene l'orientamento minoritario U. Carnevali, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 2020, 60, secondo cui, affinché la dichiarazione del fiduciario resa a latere del patto fiduciario possa integrare la forma scritta *ad substantiam* necessaria per la validità dello stesso, elemento indispensabile risulta essere l'*expressio causae*, altrimenti "la questione non può neppure porsi se il dichiarante si limita a riconoscere che la proprietà del bene è di altri e promette di ritrasferire il bene al proprietario sostanziale senza però indicare il titolo di tale promessa (l'operazione fiduciaria)", così implicitamente dimostrando di aderire all'orientamento dominante per il quale il negozio fiduciario altro non è se non il collegamento tra il negozio di trasferimento e il patto di fiducia.

(5) Così Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459.

(6) Questo il tenore della sentenza in commento.

(7) In tal senso, A. Gentili, *La forma scritta del patto fiduciario immobiliare*, cit., 1475.

(8) Per un quadro delle ricostruzioni teoriche e dei problemi aperti, si rinvia ad A. Gentili, *Fiducia*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di Mazzamuto, Castronovo, Milano, 2007, 607 e segg., e ivi bibliografia.

Occorre rilevare che la fiducia romanistica, l'unica accolta nel nostro ordinamento giuridico, consta di un negozio a effetti reali, limitati da un patto dal contenuto obbligatorio che lo distrae dalla causa astratta che

gli è propria, in funzione di uno scopo differente, plasmato dall'affidamento fiduciario. L'efficacia reale rileva nei confronti dei terzi ed è quanto loro unicamente opponibile. Viceversa, l'efficacia obbligatoria opera *inter partes*, compensando e correggendo gli effetti del trasferimento (così C. Natoli, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile*, in *Nuova Giur. Comm.*, 4, 2020, 853). Si distingue, poi, la cd. fiducia germanistica, conosciuta da quei sistemi giuridici in cui il trasferimento fiduciario costituisce figura univoca, ultronea *in re ipsa* rispetto a una qualunque vicenda circolatoria. L'assetto fiduciario, immanente e non autonomo rispetto al fenomeno attributivo, determinerebbe una dissociazione di effetti quali l'assegnazione al fiduciario della sola legittimazione a disporre della cosa, da un lato, e il mantenimento della titolarità del dominio (nudo ma tutelato) in capo al fiduciante, dall'altro (per tutti, A. Gentili, *Simulazione*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, http://www.notiziariogiuridico.it/gentili_fiducia.html e in *Gli effetti del contratto, Trattato di Diritto Privato, Il contratto in generale*, XIII, V diretto da Bessone, Torino, 2002).

Con riguardo, invece, alla distinzione tra fiducia *cum amico* e *cum creditore*, può rilevarsi che: nella seconda, il fiduciario è un creditore cui il debitore (fiduciante) assegna la proprietà di un proprio bene con il patto della relativa retrocessione in caso di adempimento del debito pregresso; nella fiducia *cum amico*, invece, la traslazione fiduciaria di diritti dominicali avviene per una qualunque ragione meritevole di tutela, dalla considerazione personale verso il fiduciario alla scelta dettata da precise competenze professionali nell'amministrazione di beni altrui.

Infine, si distinguono la fiducia dinamica e quella statica. Nel primo caso il fiduciante trasferisce la *res* affinché il fiduciario ne disponga secondo le direttive e finalità impartitegli. Nel secondo caso, seppur in presenza di un sottostante *pactum fiduciae* sull'impiego di quel dato bene, la titolarità di quest'ultimo è direttamente acquistata dal fiduciario da un terzo.

Per una riflessione sulla particolare declinazione della fiducia in ambito assistenziale si veda, A. Barba, *Fiducia a scopo assistenziale e contratto plurilaterale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2012, 609 e segg.

(9) Le Sezioni unite richiamano a Cass. civ., 20 maggio 1976, n. 1798, in *Mass. Giur. It.*, 1976 secondo la quale "L'eventualità che la fiducia si estrinsechi attraverso il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario e che, quindi, venga ad atteggiarsi come un mandato senza rappresentanza [...] è da ritenere [...] perfettamente conforme alla potenziale estensione ed articolabilità del patto relativo": "il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell'agire per conto (ma non ne nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un *pactum fiduciae* che contempra l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anche come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, [...] quel determinato intento".

(10) La ricostruzione della fiducia in termini di mandato senza rappresentanza, che non ha riscontrato grande diffusione in dottrina, è stata sostenuta da A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, 85 e segg. è stata recepita dai giudici di legittimità, in una sentenza, fino alle Sezioni unite, rimasta isolata. Si veda Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10633., in *Guida Dir.*, 2014, fasc. 25, 72, con nota di Pirruccio.

Più diffusa la ricostruzione in termini di preliminare. Tra tanti L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 61 e segg.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2006, 918 e segg.; L. Gugliemino-B. Nastrino-Simonetti *Manuale Notarile*, II ed. a cura di L. Genghini, Roma, 2019, 339; A. Zaccaria, *sub art. 1350 c.c.*, in *Comm.* Cian-Trabucchi, Padova 2016, 1441, il quale chiarisce che "tramite interpretazioni di carattere estensivo dei vari punti della norma in esame, si è ritenuto che siano soggetti al requisito formale anche i c.d. contr[atti] connessi a neg[ozii] solenni, e così, in particolare, [...] il *pactum fiduciae*, allorché riguardi beni immobili". In giurisprudenza, si v. Cass. civ., 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Foro It.*, 1989, I, 101.; Cass. civ., 29 maggio 1993, n. 6024: "non v'è dubbio, infatti, che il patto di fiducia, prevedente l'obbligo del fiduciario di modificare la situazione giuridica, a lui 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* della essenzialità della forma, prevista dall'art. 1350 c.c., risiede nell'esigenza della certezza giuridica [...] e che alla medesima *ratio* è ispirato anche l'art. 1351 c.c. dettato per il contratto preliminare, è certo che alla medesima disciplina debba sottostare il patto di fiducia, sostanzialmente assimilabile al contratto preliminare [...]"; Cass. civ., 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. civ., 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. civ., 7 aprile 2011, n. 8001, in *Riv. Notar.*, 2011, 1428; Cass. civ., 26 maggio 2014, n. 11757; Cass. civ., 25 maggio 2017, n. 13216: "se il *pactum fiduciae* riguardi 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. civ., 11 aprile 2018, n. 9010: "in tema di negozio fiduciario, 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, sicché l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano presumere l'esistenza"; Cass. civ., 17 settembre 2019, n. 23093.

(11) I problemi principali della fiducia sono tre, ossia: il trasferimento astratto al fiduciario, la proprietà fiduciaria, il ritrasferimento. In tal senso A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corriere Giur.*, 5, 2020, 602.

(12) È questa la celebre ricostruzione di C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, 345 e segg.

(13) I contributi sui negozi fiduciari sono numerosissimi. *Ex multis* v. L. Cariota Ferrara, I negozi fiduciari, cit.; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile – Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 232 e segg.; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979; U. Carnevali, voce "Negozio giuridico III, Negozio fiduciario", in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; A. Borgioli, voce "Società fiduciaria I) diritto commerciale", in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993; G. Oppo, voce "Titoli di credito I) in generale", in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 1995; G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi Rescigno*, V, Milano, 1998, 347 e segg.; M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001; Mir. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, 353 e segg.; A. De Martini, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, XXII, 1946, 2, 705 e segg.; U. Morello, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in *I Trusts in Italia oggi* a cura di Beneventi, Milano, 1966; G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 136 e segg.; F. Di Ciommo, *Il negozio fiduciario tra tradizione e innovazione: (breve discussione sulla relazione del dott. Luca Ettore Perriello)*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa, Atti della Scuola Estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato 5-8 settembre 2018*, G. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2019, I, 445 e segg.

(14) Fra tutti si veda S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 232 e segg.

(15) Che la disciplina del mandato costituisca un modello normativo generale dell'attività funzionalizzata all'altrui interesse, a cui l'osservatore debba fare riferimento nella ricognizione dei principi e delle regole che governano l'agire per conto, costituisce un dato sistematico che si manifesta già nella disciplina codicistica di alcuni contratti. In tal senso A. Barba, *Fiducia a scopo assistenziale e contratto plurilaterale*, cit., 619. Si veda, poi, P. Sirena, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in *I contratti di collaborazione* (a cura di P. Sirena), Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino, 2011, 3 e segg.

(16) In tal senso, di recente U. Morello, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA.VV., *Fiducia, trust, mandato, agency*, 16 e segg.; M. Graziadei, *Proprietà del fiduciario, e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, 1 e segg.

(17) Le ricostruzioni proposte con riguardo al mandato sono essenzialmente due: una che riconosce la proprietà del bene in capo al mandatario, l'altra al mandante. In tal senso il dato testuale non sembra aiutare. Il 1° comma dell'art. 1705 c.c. infatti, nella sua contraddittorietà, definirebbe, secondo la tradizionale impostazione, il mandato senza rappresentanza, riconoscendo al mandatario la titolarità del rapporto scaturente dal negozio da lui compiuto, e dunque proprietario del bene acquistato. Il mandante diventerebbe proprietario solamente a seguito del ritrasferimento. *Ex multis*, L. Campagna, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, 1 e segg.; G. Piazza, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, *passim*, spec. 183 e segg. L'art. 1705 c.c. ("anche se i terzi hanno avuto conoscenza del mandato") confermerebbe la regola in forza della quale gli effetti diretti dell'atto si producono nella sfera giuridica del soggetto che conclude il negozio spendendo il proprio nome. Il nostro ordinamento non darebbe rilievo alla circostanza che il terzo sia a conoscenza del mandato. Diversa impostazione, avallata dal dato testuale dell'art. 1706, primo comma, c.c., riconosce la proprietà in capo al mandante, stante l'inciso del menzionato articolo in forza del quale è sancita la salvezza dei soli acquisti a non domino da parte dei terzi che abbiano acquistato dal mandatario che, dunque, sarebbe un *non dominus*. Cfr. G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1952, 105 e segg.; C.M. Bianca, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 153 e segg.; S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, 35; A. Venditti, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966, 71 e segg.; G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 140 nt. 113.

(18) In tal senso *ex multis* A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, 85 e segg.

(19) Così, A. Graziani, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, 414 e segg.; Fr. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*, VI ed., Milano, 1975, 54 e segg.; cfr. L. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 9 e segg., nello stesso senso in giurisprudenza si veda Cass. civ., 19 maggio 1960, n. 1261. Secondo altri, invece, il criterio distintivo della temporaneità dell'attribuzione proprietaria e della complessità delle operazioni da compiere, appare piuttosto evanescente, e meramente quantitativo. Tanto che, come visto, alcune sentenze della Suprema Corte arrivano ad identificare le due figure, così come la citata Cass. civ., 20 maggio 1976, n. 1798. Si vedano anche Cass. civ., 19 giugno 1981, n. 4024; Cass. civ., 28 febbraio 1983, n. 1508, nelle quali si parla rispettivamente di "negozio fiduciario o più precisamente di un mandato senza rappresentanza" o di "un mandato fiduciario".

(20) Così A. Canepa e u. Morello, *Introduzione. Il negozio fiduciario*, in AA.VV., *I valori mobiliari* a cura di G. Alpa, Padova, 1991, 237.

(21) La ricostruzione è adottata dalla stessa Suprema Corte nella pronuncia a Sezioni unite in forza della quale: "La dottrina italiana sulla teoria generale del negozio giuridico ha consegnato alla comunità degli

interpreti l'affermazione che non è necessario che l'intesa fiduciaria risulti dal tenore letterale del negozio". La Corte sembra ritenere che se un negozio è fiduciario allora se ne evince quella promessa, ma la realtà è che non può essere stabilito *a priori* se un negozio è fiduciario, soltanto se riesce ad evincersi quella promessa (l'obbligo di ritrasferire) si può stabilire che lo è. Riporta tale osservazione A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., 602 nt. 29.

(22) In tal senso, A. Gentili, *op. cit.*, 602 il quale osserva che l'idea della mera strumentalità dell'acquisto del mandatario è stata accolta dalla giurisprudenza tributaria, secondo cui si tratta di un atto sostanzialmente "neutro" che non arreca un reale ed effettivo incremento patrimoniale al beneficiario meramente formale dell'attribuzione: cfr. Cass. civ., 30 aprile 2019, n. 11401, in *Guida Dir.*, 2019, 22, 120.

(23) M. Semeraro, *Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*, Napoli, 2011, 225 e segg.; R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996.

(24) Il riferimento è alla Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro It.*, 2014, I, 522 che per prima ha statuito che lo scritto non è richiesto per il mandato in sé, quand'anche volto ad un acquisto immobiliare.

(25) Assimilando, poi, il *pactum fiduciae*, come mandato senza rappresentanza è automatico, per i sostenitori di tale ricostruzione che anche per la validità del primo non sia necessaria la forma scritta *ad substantiam*.

(26) La Suprema Corte, in varie occasioni aveva avallato tale nuovo orientamento, seppur in casi differenti tra loro. V. Cass. civ., 10 novembre 2000, n. 14637; Cass. civ., 30 maggio 2006., n. 12848 le quali con riferimento al mandato con rappresentanza avevano affermato che la forma scritta non costituisce requisiti essenziale, a pena di nullità, in base alla regola generale ex art. 1350 c.c., 1° comma, n. 1. In ultimo con riguardo specifico al mandato senza rappresentanza. Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20051. In realtà l'opinione riprende un antico orientamento che era per la forma libera del mandato senza rappresentanza, L. Cariota Ferrara, *In tema di rappresentanza indiretta*, in *Giur. Comp. Cass. Civ.*, 1947, 3, 15; C. Stolfi, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Temì romana*, 1949, 574; M. Giorgianni, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi Cicu*, I, Milano, 1951, 411 e segg.

(27) Cass. civ., 24 gennaio 2003, n. 1137; Cass. civ., 25 ottobre 2005, n. 20651; Cass. civ., 18 giugno 1998, n. 6063; Cass. civ., 12 gennaio 1991, n. 256.

(28) Critico nei confronti della tesi che ritiene necessaria la forma scritta per il mandato quando questo ha ad oggetto un atto che per la sua validità richiede tale forma, A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni ora diretto da P. Schleringer, XXXII, Milano, 1984, 370 e segg.; G. Di Rosa, *Il mandato*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 2012, 70 e segg.

(29) Così Cass. civ., 24 gennaio 2012, n. 1007; Cass. civ., 30 maggio 2006; n. 12848.

(30) Sostengono tale opinione v. L. Carraro, *In tema di forma del mandato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1948, 214 e segg., e Id., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 111 e segg.; G. Minervini, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, Torino, 1954, 26 e segg.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 290, nt. 11; D. Berbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, *Obbligazioni, contratti e successioni per causa di morte*, Torino, 1955, 452; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1986, 827; F. M. Domenidò, voce "Mandato (dir. civ.)", in *Noviss. Dig. It.*, X, Torino, 1964, 122 e segg.; G. Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, XVI, Torino, 1960, 555 e segg.; D. De Martini, *Il mandato senza rappresentanza a comprare immobili è un negozio solenne*, in *Foro Pad.*, 1955, 135 e segg.; nello stesso senso la giurisprudenza (dopo iniziali oscillazioni superate agli inizi degli anni Cinquanta) con riguardo al mandato ad acquistare beni immobili, v., tra le tante, Cass. civ., 23 giugno 1980, n. 3939, in *Arch. Civ.*, 1980, 900; Cass. civ., 2 agosto 1975, n. 2954, in *Mass. Foro It.*, 1975, 1904; Cass. civ., 3 ottobre 1972, n. 2843, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 1089; Cass. civ., 5 dicembre 1970, n. 2565, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 585; App. Firenze 9 maggio 1966, in *Giur. Tosc.*, 1967, 63; Cass. civ., 26 febbraio 1966, n. 596, in *Foro It.*, 1966, 1, 1842; Cass. civ., 23 ottobre 1965, n. 2217, in *Giur. It.*, 1966, 1, 1, 727; Cass. civ., 22 giugno 1963, n. 1704, in *Giust. Civ.*, 1963, 1, 1494; Cass. civ., 28 febbraio 1963 n. 499, in *Giust. Civ.*, 1963, 1, 1316; in relazione al mandato ad alienare immobili: Cass. civ., 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giur. It.*, 1983, I, 903; Cass. civ., 9 febbraio 1965, n. 211, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 1432; Cass. civ., 8 agosto 1963 n. 2244 in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, 188; Cass. civ., 29 novembre 1962, n. 3216, in *Giust. Civ.*, Re1962. Nel senso della solennità delle forme in qualunque ipotesi di interposizione reale negli acquisti immobiliari, v. pure Cass. civ., Sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Foro It.*, 1982, 1, 1895; Cass. civ., 28 marzo 1981, n. 1787, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 2472; Cass. civ., 19 marzo 1980, n. 1838, in *Foro It.*, 1981, I, 843.

(31) L. Carraro, *In tema di forma del mandato*, cit., 213.

(32) Così L. Carraro, *In tema di forma del mandato*, cit., 213; F. M. Domenidò, voce "Mandato (dir. civ.)", cit., 123 e segg.; M. Graziadei, *Mandato*, in *Digesto Civ.*, XI, Torino, 1994, 161. Si è addirittura parlato di identità tra patto di ritrasferire e preliminare, così G. Minervini, *Mandato, commissione, spedizione e mediazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1948, 653; Id., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit.,

36 e segg. In giurisprudenza, tra le ultime Cass. civ., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Contratti*, 2003, con nota di C. Leo; Cass. civ., 10 novembre 2000, n. 14637, *ivi*, 2001, con nota di P. Bartolomucci.

(33) Discusso perché sono decenni oramai che parte della dottrina ne critica la portata così come tradizionalmente intesa, in termini di principio. è stato, in particolare, osservato che: "essendo il contratto un insieme di forma e contenuto, l'esigenza della forma va vista come mera necessità pratica onde ciascuno di noi calcola e sceglie la tecnica espressiva più opportuna. Non esiste, dunque, una naturalità della forma e non si può convertire quella naturalità fingendo una norma che conceda alle parti la libera scelta della forma. è stato, poi, aggiunto che, le norme sulla forma non sono eccezionali rispetto ad una norma regolare. Sono norme e basta, suscettibili di applicazione analogica, ma non per i contratti tipici a struttura debole "che non sollevano (e non possono sollevare) problemi di forma". Così N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 91.

Sulla "lezione crociana" che ispira la teoria di Irti e sull'affermata identità di forma e contenuto v. P. Vitucci, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, 55 e segg., e, soprattutto, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 39 e 56, ove si osserva che "La relazione fra libertà di forma e le forme vincolate non si deve intendere nel senso che ogni regolamento vincolante sia espresso in norme eccezionali". Tale relazione configura piuttosto un sistema composito, ove "forma volontaria e forma legale sono entrambe strumentali alla realizzazione di interessi" secondo una valutazione di sistema". Per queste notazioni v. espressamente G. Vettori, *La prova del "pactum fiduciae"*, in *Foro It.*, 1991, c. 2496, 14.

(34) *Ex multis* v., M. Giorgianni, voce "Forma degli atti", in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, 988 e segg.; N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, 19 e segg.

(35) Tuttavia, non va trascurato che, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1325 e 1350 c.c., qualsiasi forma consente di perfezionare un valido ed efficace atto giuridico; dunque, la norma positiva che statuisce il principio della libertà delle forme si ricava da quanto previsto dall'art. 1325, n. 1, 2 e 3, c.c. In altri termini, "In ordine alla forma, [l'ordinamento] ne ha imposto l'onere, ma alleviandolo con la norma implicitamente ammissiva della libertà della stessa forma". Così A. De Cupis, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, 204 e segg.).

L'art. 1325 c.c. (in combinato disposto con l'art. 1350 c.c.) esprime quindi due norme, di cui una "prevede quale requisito del contratto la forma, quando questa è prevista a pena di nullità" e l'altra "che, non prevedendo il requisito della forma, (implicitamente) lo esclude in tutti gli altri casi". Il reciproco rapporto tra queste due norme è dunque evidente: "Da una parte quella espressa sub 2) che, riferendosi alla generalità dei contratti (mentre ... l'altra riguarda soltanto quelli in cui la forma è disciplinata sotto pena di nullità, e perciò contiene certamente una previsione più limitata, rispetto alla prima), rappresenta la regola; dall'altra quella indicata sub 1), che rappresenta l'eccezione, risultando altresì la sua natura derogatoria dalla circostanza che essa comprende un ulteriore e "specificativo" elemento rispetto a quelli che ha in comune con la fattispecie dell'altra norma più ampia e generale, alla quale è perciò subordinata". In tal senso B. Grasso, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, 52 e segg.

(36) P. Perlingieri, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 322 e segg.

(37) L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 23 e segg. *Contra* M. Giorgianni, *Forma degli atti*, cit., 988 e segg.

(38) In tal senso F. Galgano, *La fiducia*, in *Tratt. Dir. Civ.*, II, Padova, 2010, 242 e segg.

(39) Va chiarito che, in una prospettiva come quella analizzata, è la stessa distinzione tra norma regolare o eccezionale deve essere superata: la eccezionalità è un giudizio *ex post* che richiede un costante riferimento ai valori preminenti in un dato contesto e momento storico, nella consapevolezza che le norme vanno riempite di contenuto alla luce del sistema e dei suoi principi fondamentali, nell'osmosi tra teoria e pratica. è stato, giustamente, sostenuto che: "Qualificare una norma regolare o eccezionale non è un giudizio assoluto. Nel guardare a ritroso il sistema normativo, ci si accorge che alcune norme, un tempo valutate eccezionali (quindi non applicabili per analogia), interpretando l'intero sistema alla luce dei valori emergenti, sono da considerare regolari, espressioni di un principio generale (dunque applicabili per analogia). Viceversa, norme che una volta erano espressione di un principio generale in presenza di nuovi principi e in base ad un'interpretazione sistematica dell'ordinamento, possono divenire eccezionali. La distinzione delle norme in regolari ed eccezionali è storica, sempre risorgente e in continua evoluzione nella dinamica dell'ordinamento [...]. La distinzione [...] non è un "prima" e un "dopo", cioè una qualifica che si può attribuire alla norma soltanto dopo averne individuato il contenuto e averlo posto a raffronto con i principi generali dell'ordinamento, sí da poter esprimere una valutazione sulla sua rilevanza nell'ambito del sistema": P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 253 seg.

(40) Chiarisce in tal senso A. Gentili, *op. cit.*, 608, che: "Si applica, non si estende. (...) Non c'è bisogno di estensione o analogia, vietate dall'eccezionalità, dato che è l'intera casistica dei *pacta de contrahendo* che è direttamente regolata dalla norma. Il mandato ad acquistare, il contratto fiduciario sono (anche) *pacta de contrahendo*. L'art. 1351 c.c. regola direttamente la forma del *pactum de contrahendo* o "contratto

preliminare". Quindi l'art. 1351 c.c. si applica in via diretta al mandato ad acquistare e al contratto fiduciario.

(41) A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, 378 e segg., rileva che appare irragionevole sostenere che la soluzione al problema della forma possa cambiare così radicalmente in ragione della variazione di semplici modalità operative del congegno effettuale del mandato. La soluzione si rivela agevole per chi ritiene che il mandato determina un acquisto automatico dell'immobile in capo al mandante; assumendo in tal modo il carattere di contratto traslativo, il mandato dovrebbe sicuramente rivestire la forma richiesta in generale dall'art. 1350, n. 1) c.c. per i contratti di alienazione immobiliare.

(42) Il disposto dell'art. 1351 c.c. non è regola del preliminare ma è regola dell'obbligo a contrarre un contratto formale, che trova la sua giustificazione nel fatto che quando un soggetto si obbliga volontariamente a concludere un futuro contratto egli sta già disponendo, in sostanza, in ordine agli effetti di tale futuro negozio. Così R. Lenzi, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Comm.*, 4, 2020, 1118, che a sua volta richiama F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Milano, 1967, 124.

(43) In generale, ai sensi dell'art. 1703 c.c. il mandato è il contratto con il quale una parte (il mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte. In più l'art. 1706, 2° comma, c.c. chiarisce che "se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante. In caso d'inadempimento, si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre".

(44) Cfr. R. Lenzi, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Comm.*, 4, 2020, 1117.

(45) Il richiamo dei giudici è ai due precedenti in merito alla non necessità della forma scritta per il mandato: Cass. civ., 2 settembre 2013, n. 20051, cit., che si limita ad osservare che l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale perché "in deroga al principio generale di libertà delle forme"; Cass. civ., 28 ottobre 2016, n. 21805 che semplicemente rinvia alla sentenza precedente.

La giurisprudenza richiamata parte dall'assunto che l'atto di dismissione oggetto del mandato abbia come fonte la legge (si tratta di un orientamento del tutto minoritario in contrasto con quello prevalente, tra tutti A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 196). Come rileva logicamente A. Gentili, *op. cit.*: "Un effetto è *ex lege* quando le parti lasciate a sé stesse potrebbero anche non volerlo (per es.: un deposito senza obbligo di custodia). Ma un mandato (o contratto fiduciario) ad acquistare senza obbligo di ritrasferire è semplicemente inconcepibile: non sarebbe quello che è. Se assumessimo che la fonte sia la legge ci sarebbe da domandarsi: ma se il dover acquistare e ritrasferire non risulta dalla volontà delle parti, come si fa a sapere che quello è un mandato "ad acquistare e ritrasferire", e quindi a stabilire che al caso si applica l'art. 1706, 2° comma, c.c.? E se risulta dalla espressa volontà delle parti, come si fa a dire che l'effetto è *ex lege*? La tesi si distrugge da sé."

(46) Si tratta in generale di applicare il principio di correlazione tra forma e natura degli effetti negoziali, individuato come variante del generale principio di variabilità delle strutture. Così P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 49 e segg.; Id., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, 163 e segg.; Id., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sub artt. 1230-1259*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 21 e segg.; 208 e segg.; Id., *Della cessione dei crediti, sub artt. 1260-1267*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 3, 15, 28, 61, 64 e segg.; G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 82.

(47) Che scomponendo il negozio fiduciario in più momenti, autonomi tra loro, si sofferma nel suo ragionamento proprio sull'impegno di ritrasferimento. In realtà è proprio tale momento che va valutato se si intende considerare l'inquadramento o meno in termini di *pactum de contrahendo*.

(48) La motivazione della Corte e la focalizzazione sul patto avente ad oggetto l'impegno al ritrasferimento, consegna al lettore la ricostruzione di un negozio (quello fiduciario) strutturalmente non unitario, ma composto da più atti tra loro collegati. La Suprema Corte, pur ammettendo di non prendere posizione sulla ricostruzione del patto fiduciario, sembra aderire – seppur implicitamente – alla tesi "pluralistica" della fiducia romanistica, prevalente in dottrina, in forza della quale nel fenomeno fiduciario sono contenuti due negozi giuridici: l'uno reale positivo ed efficace per i terzi e l'altro obbligatorio, negativo e limitato alle parti. Si tratta, dunque, di un autentico collegamento negoziale. Fra tutti L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, 27-28; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 304. Secondo tale ultimo autore, per realizzare il fenomeno fiduciario non è possibile fare ricorso ad un'unica disciplina.

Altra ricostruzione sostiene l'esistenza di una *causa fiduciae* consistente nell'affidamento del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario. La tesi, c.d. monistica, si fonda sulla circostanza che tale causa si concreta nella creazione di una posizione fiduciaria, nel senso che il fiduciario deve utilizzare la titolarità del diritto reale che gli viene trasferito per un fine più ristretto di ciò che la titolarità stessa comporterebbe in modo tale da rendergli possibile quel dato comportamento in ordine al diritto trasferitogli: l'effetto obbligatorio, in altri termini, rappresenta la causa giustificativa dell'effetto reale. *Ex multis*, C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936, I,

351 e 356. Si tratterebbe, dunque, di un negozio atipico ammissibile solo quando l'effetto obbligatorio risulti meritevole di tutela. Così U. Carnevali, voce "negozio giuridico. Negozio fiduciario", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, XX, 4.

In giurisprudenza v. Cass. civ., 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. Civ.*, 1957, I, c. 1961. Di recente, Cass. civ., 1° aprile 2003, n. 4886, in *Corriere Giur.*, 2003, 1041 con nota di V. Mariconda, *Una decisione della cassazione a critica libera sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*; Cass. civ., 8 settembre 2015, n. 17785, in *Trusts*, 2016, 513.

(49) In dottrina, *ex multis*, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., 918 seg.; L. Guglielmino-B. Nastrino-P. Simonetti, *Manuale Notarile*, cit., 339; A. Zaccaria, *sub art. 1350 c.c.*, cit., 1441. Per indicazioni sulla dottrina e sulla giurisprudenza che riconducono il *pactum* al preliminare si rinvia alla nota 6.

(50) Tra le pronunce più recenti si vedano Cass. civ., 25 maggio 2017, n. 13216, in *Rep. Foro It.*, 2017: "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". Si veda anche Cass. civ., 11 aprile 2018, n. 9010, in *Dir. Fall.*, 2018, 951, con nota di Nicita: "In tema di negozio fiduciario, 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, sicché l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza"; Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. It.*, 2012, 1045, nota di F. Michetti: "Il negozio fiduciario come specie del più ampio genere dei negozi indiretti si contraddistingue per il fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta; pertanto, poiché l'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, ove tale patto abbia a oggetto beni immobili, esso deve risultare da un atto avente forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile a un contratto preliminare; né l'atto scritto può essere sostituito da una dichiarazione confessoria proveniente dall'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né - anche quando contenga il preciso riferimento a un contratto concluso per iscritto - come prova del medesimo".

In dottrina: F. Galgano, *La fiducia*, in *Tratt. Dir. Civ.*, II, Padova, 2010, 470; M. Franzoni, *Il contratto fiduciario e il contratto indiretto*, in *Dir. Civ.*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 840; V. Mariconda, *Una decisione della cassazione "a critica libera" sulla rilevanza dell'intestazione fiduciaria di immobili*, in *Corriere Giur.*, 2003, 1042 e segg.; S. Sica, *Art. 1350 c.c.: atti che devono farsi per iscritto*, in *Il codice civile. Commentario* a cura di Schlesinger, Milano, 2003, 343 e segg.; G. Vettori, *La prova del "pactum fiduciae"*, in *Foro It.*, 1991, II, 2500 e segg.

(51) In tal senso Cass. civ., 7 aprile, 2011, n. 8001.

(52) Così Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10163.

(53) Sul punto sono da condividere le osservazioni di A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., 606.

(54) Sull'argomento, *ex multis* G. Dejana, voce "I motivi nel diritto privato", 1939; R. Guzzi, in *Noviss. Dig. It.*, X, 1964; L. Ricca, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977; G. Ferrando, in *Enc. Giur.*, XX, 1990; C. Scognamiglio, in *Digesto Civ.*, XI, 1994. Con riguardo alla saggistica l'argomento viene spesso trattato con riferimento alla causa o alla presupposizione: A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, 1966, 232-348; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 1966, 345-412; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, 1969; Id., *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1979, 1098; Id., *Il tipo negoziale (...) e il dogma dell'irrelevanza dei motivi*, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 1035; Id., *Mancata previsione di eventi, causa e motivi del negozio*, in *Giur. It.*, 1979, I, 2, 279; G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, 1970; V. Roppo, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro It.*, 1971, I, 2373; F. Martorano, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, 69; R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 861 e segg.

(55) L'irrelevanza dei motivi fuori dai casi espressamente previsti è frutto di una scelta volta a staccare il concetto di causa il più possibile dagli empirici e personali desideri e capricci e dalla volontà del contraente; così che la stessa fu detta funzione. Tuttavia la causa così intesa (degli oggettivisti) necessitava di tener conto anche dei bisogni da soddisfare, cioè degli interessi, dello scopo, del motivo che ha mosso il contraente. La polivalenza del termine funzione ha permesso di dare una qualche rilevanza al motivo, dando rilievo alla funzione individuale e concreta del negozio. In tal senso G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 380-381; R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., 854.

La rilevanza dei motivi è prevista in due gruppi di ipotesi: quando viziano il volere (errore, alterazione psicologica); quando implicino contrarietà a valori etici o alla necessità delle istituzioni (illiceità).

(56) Come osserva giustamente A. Gentili, *op. cit.*, 607: se "l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica o estensiva" è del tutto inutile argomentare se ci sia o no "autonomia e netta distinzione tra mandato e contratto preliminare". Se ci fosse, la regola (eccezionale o

no) non si estenderebbe comunque all'altra fattispecie, perché questa è diversa da quella da essa regolata. Se non ci fosse, perché la regola è eccezionale. Perché argomentarlo allora? Perché – io credo – l'*eadem ratio* è un'evidenza difficile da negare, e per neutralizzarla la Corte si appella all'eccezionalità.

(57) Così A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1984, 381. Osservazioni critiche in V. Mariconda, *Note in tema di forma del mandato immobiliare*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, 1989-1990.

(58) Di diverso avviso U. Carnevali, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 3, 2020, 269, il quale chiarisce che: "non può essere configurato un impegno del fiduciario a contrarre con il fiduciante per la ragione che non vi è una duplicità di contratti, uno attuale e l'altro futuro, bensì vi è un solo contratto, cioè il patto fiduciario". Quanto chiarito è certamente vero, tuttavia, l'unicità dell'operazione non sposta i termini della questione. Esistono due momenti, uno obbligatorio e uno reale indiscutibilmente legati tra loro. È il *pactum de contrahendo*, nelle sue varie declinazioni, nella sua realtà funzionale ad essere soggetto alla disciplina dell'art. 1351 c.c.

(59) È testuale in tal senso G. Vettori, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, 71-72.

(60) Questa la lucida conclusione di G. Vettori, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Persone e mercato*, 3, 2020, 169.

(61) La Corte chiarisce, richiamando la Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20689, che: "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* della *causa debendi* 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."

(62) Così U. Carnevali, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 3, 2020, 267. Viene in rilievo, poi, il pensiero di A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corriere Giur.*, 2019, 1476, il quale precisa che: "Alla giurisprudenza creativa *praeter legem* siamo abituati, e va bene finché integra il tessuto normativo in modo coerente. Ma *contra legem* è una novità. Ed è *contra legem* calpestare la chiara restrizione degli effetti obbligatori delle promesse unilaterali ricognitiva all'inversione probatoria, o più in generale escogitare promesse atipiche costitutive di obblighi di prestazione fuori dei casi di legge. Quella 'dignità' che il giudice riconosce, l'art. 1987 c.c. nega. Non c'è argomentazione sensata che possa dimostrare il contrario. L'interpretazione che lo afferma è abrogativa di quella norma".

(63) La pronuncia a cui si fa riferimento è Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in cui la Suprema Corte ha ritenuto di poter fondare l'efficacia della promessa unilaterale attuativa del *pactum fiduciae* in forza di un riferimento all'art. 1173 c.c. Così che essa ha finito per tributarsi, autoreferenzialmente, una forza "creatrice" del diritto. Il contrasto del principio di diritto enunciato con la volontà dell'ordinamento espressa dall'art. 1987 c.c. non può essere superato, invocando le teorie scientifiche inclini ad ammettere la vincolatività di promesse unilaterali atipiche. Queste concezioni finiscono per identificare le promesse unilaterali e il paradigma del contratto con obbligazioni del solo proponente. In tal modo si spiega la coercibilità delle prestazioni enunciate da promesse non previste da alcuna disposizione di legge, desumendola, specificamente, dall'art. 1333 c.c. (e non da un richiamo generico all'art. 1173 c.c.). In tal senso F. Maisto, *Promesse unilaterali "atipiche" e forma del pactum fiduciae*, in *Il diritto degli affari.it*, 2014, 3.

(64) Sul punto tra tutti F. Maisto, cit., 3 e segg.

(65) Cfr. Cass. civ., 8 marzo 1984, n. 1621, in *Mass. Giust. Civ.*, 1984; Cass. civ., 24 agosto 1990, n. 8860, *ivi*, 1990; Cass. civ., 11 giugno 2007, n. 13625, in *Riv. Notar.*, 2008, II, 445-446. Sul punto si veda anche A. Reali, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *Nuova giuro. civ. comm.*, 4, 2020, 966 e segg.

(66) Cass. civ., 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro It.*, 1985, I, 249, con nota di C. Granelli, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*.

(67) Cass. civ., 13 ottobre 2004, n. 20198, in *Contratti*, 2005, 437, con nota di A. Valentini, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*; Cass. civ., 11 febbraio 1980, n. 949, in *Mass. Giust. Civ.*, 1980; Cass. civ., 20 giugno 2000, n. 8365, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000.

(68) Cass. civ., 1° aprile 2003, n. 4886, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1591 e in *Corriere Giur.*, 2003, 1041, con nota di V. Mariconda, *Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*.

(69) Così R. Lenzi, cit., 1125. L'A. fa notare che nel caso del *pactum fiduciae* non valgono le obiezioni in forza delle quali l'art. 1333 c.c. non sarebbe applicabile ai contratti ad effetti reali, in quanto la dichiarazione unilaterale, parte del procedimento formativo semplificato, è determinativa di soli effetti obbligatori, seppur preparatori di un futuro contratto ad effetti reali.

(70) Per una ricostruzione dell'istituto si vedano tra tanti G.B. Ferri, *La nozione di contratto*, in *Tratt. contratti* Rescigno-Gabrielli, *I contratti in generale*, I, 3, Torino, 2006, 25 e segg.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale, sub artt. 1321-1352*, in *Comm.* Scialoja-Branca, 1970, 164 e segg.; R. Sacco, *Il contratto*, in Sacco e De Nova (a cura di), *Il contratto*, Torino, 2004, 246 e segg.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 185 e segg.; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, *sub artt. 2643-2645 bis*, in *Comm.* Schlesinger, II ed., Milano, 1998, 370 e segg.; F. Di Giovanni, *Le promesse unilaterali*, Padova, 2010, 83 e segg.

(71) Situazioni quasi costantemente definite negando la necessità dell'accettazione, portata ad argomento per affermare l'insussistenza dell'obbligo. Si è quindi consolidato in giurisprudenza un indirizzo che afferma l'autosufficienza della dichiarazione unilaterale, indifferente all'alternativa ricostruttiva in termini di contratto o di atto unilaterale. Così R. Lenzi, cit., 1127.

(72) È necessaria, infatti, l'indicazione dei dati catastali corretti e di almeno tre confini.

(73) Il teste può riferire in merito all'esistenza di un patto fiduciario, ma difficilmente sarà in possesso di tutte le informazioni relative al bene immobile oggetto del *pactum* (che tra l'altro dovrebbe essere segreto).

(74) Cfr. A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., 611.

(75) È possibile quindi disarticolare il procedimento traslativo in due momenti, riproducendo quella scissione tra *titulus acquirendi* (contratto causale da cui deriva l'obbligo di trasferire) e *modus acquirendi* (atto esecutivo dell'obbligo di dare), che caratterizzava il diritto romano e caratterizza tutt'ora il sistema tedesco. Sulla tematica, per i riferimenti classici, V. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954; E. Russo, *Vendita e consenso traslativo*, in *Comm.* Schlesinger, Milano 2010, 29 e segg. Nel senso della tipicità delle ipotesi di obblighi di dare, G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, 149 e segg.; L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, III ed., Milano 1975, 200 e segg.; A. Zaccaria, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano 1987, 168 e segg., nt. 75. Per A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 262, l'obbligazione di dare costituisce una "figura superflua ed inutile oramai dall'attuale struttura degli atti di trasferimento dei beni".

Un esempio è offerto dai trasferimenti che i coniugi si fanno in occasione della separazione.

(76) In argomento R. De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991.

(77) *Ex multis*, G.B. Portale, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. Società*, 1970, 938 e segg.; A. Lener, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata e rapporto intermedio*, in *Foro It.*, 1977, I, 669; F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, 11. In giurisprudenza Cass. civ., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, I, 1039, con nota di G. Scaliti, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*. Secondo la Corte di cassazione il preliminare ad effetti anticipati sarebbe un'operazione contrattuale complessa, che si compone di più contratti collegati: un comodato giustificerebbe la consegna anticipata del bene, mentre un contratto di mutuo gratuito giustificerebbe la consegna del denaro anticipata.

(78) A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 378.

(79) I giudici rispondono, seppur indirettamente, alla diatriba sulla natura dell'atto di ritrasferimento nel mandato, chiarendo che si tratta di un atto unilaterale. Invece la tesi che l'atto del mandatario di ritrasferimento dell'immobile al mandante sia un contratto è patrocinata da L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 206; e da A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 366.

(80) Ai sensi dell'art. 17, 1° comma, L. 27 febbraio 1985, n. 52 la trascrizione va richiesta con una nota conforme al modello ministeriale, ed in questo è previsto che si debba indicare e qualificare il *titulus acquirendi*, così G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012, 11 e segg. Il "pagamento traslativo" non rientra nell'elenco di codici previsti dal modello ministeriale, per cui si deve ricondurlo al codice generico e residuale ("100"). Ciò non soddisfa l'individuazione del *titulus acquirendi*. Il trascrivente deve perciò completare il codice generico indicando (nel quadro D della nota) il mandato o il *pactum fiduciae* (F. Baralis, in *Trattato della trascrizione* diretto da Gazzoni, Gabrielli, III, Torino, 2012-2014, 16 e segg.

(81) In tal senso C. Natoli, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile*, in *Nuova Giur. Comm.*, 4, 2020, 857.

(82) L'inquadramento causale e in una struttura consentirà, poi, al notaio di inquadrare il negozio dal punto di vista fiscale.

(83) La distinzione tra interesse primario e strumentale è riportata da Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991, in *Foro It.*, 1, 2020.

(84) La Corte, – inevitabilmente – pur non ammettendolo apertamente, mediante il ricorso a differenti figure negoziali, sembra aderire alla tesi pluralistica del collegamento negoziale. In verità le Sezioni unite richiamano puntualmente la pronuncia della Cass. civ., 15 maggio 2014, n. 10633, in forza della quale: “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.” Si tratta di una costruzione che guarderebbe il fenomeno in maniera unitaria, a cui ricondurre una causa che, a ben vedere, non è quella fiduciaria in senso proprio, stante la ricostruzione fatta dalla Corte del fenomeno, in termini di mandato. La Corte fa un passo ulteriore, elaborando la propria ricostruzione ed assimilando il *pactum* al mandato senza rappresentanza, così che la *causa fiduciae* viene a confondersi con la *causa mandati*, dando così un’accezione diversa ai tre problemi insolubili relativi alla fiducia: il trasferimento astratto al fiduciario, la proprietà fiduciaria e il ritrasferimento. Sul punto si veda A. Gentili, *op. cit.*, 602.

(85) Non è revocabile in dubbio che esistano figure di proprietà caratterizzate dal fatto che le facoltà di godere e disporre de bene sono attribuite al proprietario non per soddisfare un interesse proprio, bensì un interesse altrui. In tal senso A. Saturno, *La proprietà nell’interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, 7 e segg., il quale continua chiarendo che “La proprietà nell’interesse altrui coinvolge molteplici fattispecie negoziali: sia categorie sovraordinate rispetto ai singoli contratti nominati, come la rappresentanza indiretta, l’interposizione di persona, la sostituzione, la fiducia, la nozione di patrimonio separato; sia i contratti nominati, il più frequente tra i quali è il mandato, ma talora, ed inaspettatamente, anche altri, come il deposito.”

(86) Cass. civ., 3 aprile 1991, n. 3468, in *Rass. Dir. Civ.*, 1993, 173 e segg. rileva anche profili di responsabilità extracontrattuale, affermando perentoriamente che “nessuno dubita che il mandatario inadempiente sia tenuto, secondo i principi generali, al risarcimento dei danni”. In dottrina si veda Breccia, *La forma*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006, I, *Formazione*, 664 e segg.

(87) Così R. Lenzi, *cit.*, 1122.

(88) Cfr. U. Carnevali, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, *cit.*, 269.

(89) A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, *cit.*, 609. Osserva correttamente l’A. che non è un caso che i commentatori favorevoli alla decisione siano coloro che esaltano “la necessità di superare gli schematismi dell’alternativa fatto-diritto”. Io penso invece che il discorso di un giurista tanto più sia valido quanto più è capace di distinguere. Che non esistano fatti che abbiano in sé valori che orientino le decisioni sui fatti, a meno di ricadere in un vieto oggettivismo etico. Che l’oggettivismo etico sia solo il travestimento pretenzioso di personali ideologie. E che l’argomentazione che pretende di fondarsi sulla natura dei fatti sia quella – mi si perdoni la crudezza, ma ci tengo ad essere chiaro sul punto – per cui può essere vero, o giusto, tutto, il contrario di tutto, e anche qualche altra cosa.

(90) Sulla questione si veda F. Di Ciommo, *Può la giustizia essere ingiusta? Dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto, tra (in)certezza del diritto, imprevedibilità delle soluzioni, liquidità dei rapporti giuridici e dubbi di costituzionalità. Scritto in onore di Roberto Pardolesi*, in F. Di Ciommo-O. Troiano (a cura di), *il diritto liquido: giurisprudenza e autorità indipendenti nel (c’era una volta) sistema delle fonti. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, 127.

(91) È quello che alla fine fanno le stesse Sezioni unite, le quali fin dall’inizio non immaginano neppure latamente di ricostruire il negozio fiduciario come figura a sé stante, unitaria, atipica e giustificata dalla *causa fiduciae*.

(92) Osserva Palazzo, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo*, *cit.*: “...motivi di opportunità, di lealtà, di fiducia reciproca spesso inducono le parti a non formalizzare l’accordo in una scrittura, limitandosi il fiduciario-beneficiario dell’ intestazione a sottoscrivere un atto unilaterale con cui si obbliga a modificare in futuro la situazione secondo gli impegni presi col fiduciante.”

(93) È evidente che ove si aderisse alla ricostruzione in forza della quale resta necessaria la forma scritta, il *pactum* privo di tale requisito sarebbe nullo con tutte le conseguenze del caso. Il fiduciante non avrebbe modo per chiedere l’esecuzione in forma specifica e il suo unico rimedio attivabile sarebbe stato quello della ripetizione delle somme versate per l’acquisto del bene, non essendo pacifica la possibilità di ottenere il risarcimento del danno.