

# JUS CIVILE



CASSAZIONE CIVILE, SS.UU., 6 MARZO 2020, N. 6459

**Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di rtrasferimento gravante sul fiduciario.**

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

LA CORTE (OMISSIONIS)  
MOTIVI DELLA DECISIONE

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



# JUS CIVILE

le e scritto, coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale, riconitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti.

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

3. – Il fenomeno fiduciario consiste in una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato. Attraverso il negozio fiduciario la proprietà del bene viene trasferita da un soggetto a un altro con l'intesa che il secondo, dopo essersene servito per un determinato scopo, lo ritrasferisca al fiduciante, oppure il bene viene acquistato dal fiduciario con denaro fornito dal fiduciante, al quale, secondo l'accordo, il bene stesso dovrà essere, in un tempo successivo, ritrasferito.

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

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

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



# JUS CIVILE

che viene così dirottata dal suo naturale esito, a ciò potendosi determinare proprio perché a lui fa capo la situazione giuridica di cui si tratta.

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

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

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

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

Altri ancora – dopo avere qualificato il contratto fiduciario come il negozio mediante il quale si persegue uno scopo diverso dalla causa del contratto prescelto, avendo il *pactum fiduciae* la funzione di piegare il contratto prescelto alla realizzazione dello scopo perseguito – ritengono impossibile ricondurre il fenomeno pratico ad una unitaria categoria giuridica e considerano il contratto traslativo e il patto fiduciario come contratti separati, tra loro collegati, nei quali la *causa fiduciae* esprime il collegamento fra i due contratti. Tale orientamento costruisce il fenomeno in forma pluralistica, vedendovi un col-



# JUS CIVILE

legamento funzionale tra trasferimenti e obblighi, in attuazione del programma fiduciario: di talché l'interno vincolo obbligatorio (con il quale il fiduciario si obbliga, nel rispetto della fiducia, al compimento del negozio che ne costituisce adempimento), non autonomamente isolabile, interagisce con l'effetto reale esterno.

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

Così, talvolta le pronunce di questa Corte vedono nel contratto fiduciario un caso di negozio indiretto: un negozio, cioè, con cui le parti persegono risultati diversi da quelli tipicamente propri del negozio impiegato, e corrispondenti a quelli di un negozio diverso. Il negozio fiduciario – si afferma – rientra nella categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta: il negozio, che è realmente voluto dalle parti, viene infatti posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso. L'intestazione fiduciaria di un bene comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae* (Cass., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 8024; Cass., Sez. II 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

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

Una terza impostazione si distacca dalle ricostruzioni che descrivono il negozio fiduciario come articolato in due negozi (uno esterno e con effetti reali, l'altro interno e obbligatorio), per sostenere che “qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella... di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere diversi sia nel numero che nella tipologia” (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633).



# JUS CIVILE

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

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

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

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

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

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

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

Onere del fiduciante – si legge in Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, cit. – è quello



# JUS CIVILE

“di dimostrare l’esistenza dell’accordo scritto fiduciario, che (ha) preceduto o accompagnato la stipula del contratto di acquisto, con l’assunzione, da parte del fiduciario, dell’obbligo di retrocessione... del bene immobile”.

La dichiarazione unilaterale del fiduciario non è ritenuta sufficiente allo scopo, giacché una cognizione *ex post* di un atto solenne *ab origine* perfezionato informalmente non vale a supplire al difetto della forma richiesta dalla legge ai fini della validità dell’atto (Cass., Sez. I, 18 aprile 1994, n. 3706): ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare (e relativi preliminari), il requisito della forma scritta prevista *ad substantiam* “non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell’altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né – quando anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto – come prova del medesimo; pertanto, il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il documento costituisca l’estrinsecazione formale diretta della volontà negoziale delle parti e non anche quando esso si limiti a richiamare un accordo altrimenti concluso, essendo in tal caso necessario che anche tale accordo rivesta la forma scritta e contenga tutti gli elementi essenziali del contratto non risultanti dall’altro documento, senza alcuna possibilità di integrazione attraverso il ricorso a prove storiche, non consentite dall’art. 2725 c.c.” (Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163).

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

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



## JUS CIVILE

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

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

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

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



# JUS CIVILE

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

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

Cass., Sez. II 27 agosto 2012, n. 14654, a sua volta, pronunciando in un caso riguardante l’intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente, si preoccupa tuttavia, in generale, non solo di offrire la definizione di negozio fiduciario, ma anche, in quest’ambito, di dare indicazioni sulla sua forma, nei seguenti termini: la fattispecie del negozio fiduciario “si sostanzia in un accordo tra due soggetti, con cui il primo trasferisce (o costituisce) in capo al secondo una situazione giuridica soggettiva (reale o personale) per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, ed il fiduciario, per la realizzazione di tale risultato, assume l’obbligo di utilizzare nei tempi e nei modi convenuti la situazione soggettiva, in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo. Trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, il *pactum fiduciae* non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma”.

6. – L’indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un’equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro *contrahere*) tra l’uno e l’altro negozio, sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell’*eadem ratio* del requisito di forma imposto dall’art. 1351 c.c.. In sostanza, si riconosce l’esistenza di un collegamento tra l’art. 1351 c.c., e l’art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l’art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l’art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario.

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



# JUS CIVILE

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

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

Quando pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del *pactum fiduciae*, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798) non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza (in particolare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario) il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario. “L’eventualità che la fiducia si estrinsechi attraverso il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquisito dal fiduciario e che, quindi, venga ad atteggiarsi come un mandato senza rappresentanza (...) è da ritenere (...) perfettamente conforme alla potenziale estensione ed articolabilità del patto relativo”: “il mandato senza rappresentanza, infatti, costituendo lo strumento tipico dell’agire per conto (ma non nel nome) altrui, non solo può piegarsi alle esigenze di un *pactum fiduciae* che contempli l’obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, (...) quel determinato intento”.

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

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

Nel preliminare, infatti, l’effetto obbligatorio è strumentale all’effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l’effetto reale viene prima, e su di esso s’innesta l’effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l’interesse delle parti. Ne consegue che, mentre l’obbligo di trasferire inherente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta



# JUS CIVILE

funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante.

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

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

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

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

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

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



# JUS CIVILE

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

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

- tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio;
- le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori;
- i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato;
- l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione susseguente tra mandato e contratto preliminare.

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

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

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



# JUS CIVILE

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

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

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

D’altra parte, la dimensione pratica del fenomeno fiduciario, quale emerge dal contesto complessivo delle controversie venute all’esame dei giudici, offre un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il *pactum* tra di esse intervenuto. Proprio rivolgendo l’analisi all’esperienza e ai modi di attuazione dei comportamenti, un’autorevole dottrina è giunta alla conclusione che condizionare all’osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di fiducia *cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico.

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



# JUS CIVILE

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

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

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

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

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

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

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



# JUS CIVILE

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

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

Occorre evidenziare che dall'*art. 1988 c.c.*, non è richiesto che promessa di pagamento e ricognizione di debito contengano un riferimento al titolo dell'obbligazione, e che le dichiarazioni titolate sono tuttavia ammissibili e riconducibili alla disciplina dettata da tale disposizione. Si è infatti affermato che la ricognizione di debito titolata, che comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale, si differenzia dalla confessione, che ha per oggetto l'ammissione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all'altra parte: ne consegue che la promessa di pagamento, ancorché titolata, non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare l'inesistenza della causa e la nullità della promessa (Cass., Sez. III, 5 luglio 2004, n. 12285; Cass., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13689; Cass., Sez. II, 5 ottobre 2017, n. 23246).

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

Il pubblico ministero ha infatti messo in luce che “non sussistono né principi generali



# JUS CIVILE

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

9. – Conclusivamente, a risoluzione del contrasto di giurisprudenza sollevato con l'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione, le Sezioni Unite enunciano i seguenti principi di diritto:

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

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

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

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

Nell'accertare con logico e motivato apprezzamento, alla stregua delle risultanze processuali, che l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario, la Corte partenopea ha però collegato il diritto di D.B. ad ottenere la pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, non al patto concluso verbalmente – avendolo dichiarato nul-



# JUS CIVILE

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

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

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

D’altra parte, va anche escluso, per completezza, che ci si trovi di fronte ad una promessa priva di titolazione, giacché il dichiarato impegno della M. a ritrasferire la porzione del complesso immobiliare al cognato D. trova, appunto, la sua premessa giustificativa nella cognizione del rapporto sotteso alla dissociazione tra la titolarità giuridica formale del bene in capo all’interposta e la situazione di appartenenza economica sostanziale dello stesso in capo al fiduciante (essendo stato l’edificio “acquistato e poi completato dallo stesso D.B.”, che ha provveduto anche a rimborsare “tutte le tasse e spese... sostenute” dall’intestataria).

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

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

È invero pacifico che già la sentenza di primo grado ritenne dimostrata, sulla base



# JUS CIVILE

delle “espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002”, l’esistenza della interposizione reale intervenuta tra la M. e il D. nella intestazione “dei beni immobili oggetto dell’atto stipulato per notaio Ma. in data (*omissis*)”, e, in accoglimento della domanda ai sensi dell’art. 2932 c.c., dichiarò pertanto trasferiti tali beni immobili in favore del D. o di persona da lui nominata.

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

- in primo luogo, là dove era stata ritenuta provata l’esistenza del *pactum fiduciae* in assenza di patto scritto, mancanza non sopperibile con la scrittura privata del 28 marzo 2002, la quale, avendo carattere confessorio, sarebbe stata inidonea;
- in secondo luogo, là dove si era tenuto conto della transazione intervenuta con D.A. e P.P., nonostante si trattasse di *res inter alios acta*;
- in terzo luogo, in relazione all’erronea interpretazione della scrittura del 2002, dall’appellante ritenuta non idonea a sostenere le ragioni dell’attore, e alla circostanza che tale atto era intervenuto quando oramai il diritto dell’attore era prescritto;
- infine, con riguardo all’equivocità della formula utilizzata nel dispositivo della sentenza (apparentemente di accertamento, in realtà con effetti costitutivi ai sensi dell’art. 2932 c.c.) e alla mancanza di statuzioni concernenti le annotazioni nei pubblici registri immobiliari.

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

Si tratta, evidentemente, di questione nuova (la ricorrente non indica i luoghi del processo di merito dove la stessa sia stata posta o trattata): questione che, presupponendo indagini in fatto, non può essere sollevata per la prima volta in cassazione.

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

Infatti, la ricognizione dell’interposizione e la promessa di trasferimento che s’innesta



## JUS CIVILE

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

11. – Il primo e il secondo motivo sono rigettati.

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

(*Omissis*).



VALERIO D'ALESSANDRO

Dottore di ricerca – Università degli studi di Roma Tor Vergata

## PATTO FIDUCIARIO CON OGGETTO IMMOBILIARE: NOTE INTORNO ALLA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

SOMMARIO: 1. *Il caso.* – 2. *L'inquadramento del negozio fiduciario sullo sfondo della decisione.* – 3. *Gli orientamenti giurisprudenziali sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare.* – 4. *La decisione delle Sezioni unite e l'interna coerenza della pronuncia.* – 5. *Sulla dichiarazione unilaterale del fiduciario.*

1. – Tizio conclude oralmente, con alcuni familiari, un negozio fiduciario avente a oggetto l'intestazione fiduciaria di un compendio immobiliare acquistato con suo denaro; trascorsi alcuni anni, i fiduciari rendono una dichiarazione unilaterale scritta con cui riconoscono la proprietà del complesso immobiliare in capo al fiduciante e si impegnano a trasferire a quest'ultimo i beni<sup>1</sup>.

Dinanzi al rifiuto dei fiduciari di onorare l'impegno assunto, il fiduciante agisce per ottenere il trasferimento coattivo degli immobili.

Si pone, allora, in giudizio, la questione della validità e della coercibilità dell'impegno assunto oralmente dal fiduciario.

A distanza di circa sette mesi dall'ordinanza interlocutoria resa dalla seconda sezione della Corte di Cassazione, le Sezioni unite si sono pronunciate sulla forma richiesta per la validità del *pactum fiduciae* avente a oggetto diritti reali su beni immobili<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> «Io sottoscritta Maria [...] riconosco che mio cognato Bernardo è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito [...] nel suo attuale stato intestato a mio cognato Antonio ed a me medesima, giusta atto del Notaio [...], ma acquistato e poi completato dallo stesso Bernardo. Riconosco che mio cognato Bernardo mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. Mi impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata».

<sup>2</sup> Si tratta di Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, Pres. Spirito – Rel. Giusti. L'ordinanza di rimessione (Cass., 5 agosto 2019, n. 20934) è in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1479 ss., con nota di A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*; in *Contratti*, 2020, pp. 57 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Sulla*



# JUS CIVILE

La decisione in commento, oltre a intervenire su un problema di indubbia importanza dal punto di vista pratico, rappresenta un laboratorio fecondo dal quale trarre taluni spunti per indagare – su un piano più generale e nei limiti consentiti dal presente scritto – la razionalità del ragionamento giuridico e del processo argomentativo.

**2.** – Sullo sfondo dell’interrogativo rimesso al proprio esame, le Sezioni unite avvertono anzitutto il problema della configurazione concettuale del negozio fiduciario<sup>3</sup>.

La Corte ricorda che l’elaborazione dottrinale da tempo ha preso atto della varietà del “fenomeno”, tant’è che, in mancanza di un’organica disciplina legislativa, reputa corretto discorrere di fiducia in termini di “casistica” piuttosto che di “fattispecie”, distinguendone più generi secondo struttura o scopo: statica e dinamica; *cum creditore e cum amico*; germanistica e romanistica<sup>4</sup>.

---

*forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*; nonché in *Giur. it.*, 2020, pp. 283 ss. con nota di C. A. VALENZA, *Sulla forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*.

<sup>3</sup> La letteratura sul negozio fiduciario è sterminata. Si vedano, tra gli altri, F. FERRARA sr., *I negozi fiduciari*, in *Studi V. Scialoja*, II, Milano, 1905; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, p. 414 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345 ss.; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in ID., *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; ID., *La fiducia*, in *Manuale di dir. priv. eur.*, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, p. 607 ss.; V.M. TRIMARCHI, voce *Negozi fiduciario*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Milano, 1978; P.G. JAEGER, *Sull’intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, pp. 181 ss.; U. CARNEVALI, *Negozi fiduciario*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1990; ID., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 631 ss.; F. GALGANO, *La fiducia*, in *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, 2009; P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo e Ciatti, Torino, 2014, p. 35 ss.; ID., *I contratti, le promesse unilaterali, l’apparenza*, Torino, 2017; M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

<sup>4</sup> Sull’inesistenza di una nozione omnicomprensiva, insuperata per l’arguta semplicità di rilievo la pagina di A. FALZEA, *Rappresentanza e fiducia*, in *Mandato fiducia e trust*, a cura di Alcaro e Tommasini, Milano, 2003, p. 158, secondo cui «in tutti i testi si parla di negozio fiduciario, ma poi, che cosa sia questo tipo di negozio con precisione ancora non lo sappiamo».

Oltre all’art. 627 cod. civ. – che disciplina, in materia di successioni *mortis causa*, la disposizione fiduciaria –, alle disposizioni relative alle società fiduciarie (l. n. 1966/1939), all’esercizio professionale delle attività di gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi (artt. 24 e 33 del d.lgs. n. 58/1998) e alle “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento” (l. n. 3/2012), non v’è una disciplina positiva di fenomeni fiduciari.

Secondo la celebre nozione di C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 363, il negozio fiduciario si sostanzierebbe in una «manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell’interesse, o anche nell’interesse, del trasferente o di un terzo [...]. L’attribuzione all’accipiente è piena,



# JUS CIVILE

Il caso indagato dalle Sezioni unite è riconducibile al modello romanistico di fiducia *cum amico*: il fiduciario diviene proprietario dell’immobile – a seguito dell’acquisto con provvista fornita dal fiduciante – e si impegna al ritrasferimento al fiduciante. Si profila, così, la questione rimessa al vaglio della Corte: se l’assunzione di quest’obbligo richieda o meno la forma scritta.

Questione, peraltro, attinta da un ulteriore interrogativo: se, in difetto di un *pactum fiduciae* scritto, possa costituire valida fonte dell’obbligazione di trasferimento la dichiarazione unilaterale del fiduciario che, in termini più o meno esplicativi, abbia riconosciuto l’esistenza di un negozio fiduciario orale e si sia obbligato a ritrasferire il bene immobile al fiduciante.

Quanto al fondamento causale del fenomeno fiduciario, la Corte ricorda che, da un lato, i sostenitori della tesi c.d. monistica costruiscono il negozio fiduciario come un contratto unitario, connotato da una *causa fiduciae* consistente in un trasferimento della proprietà, nella gestione del bene da parte del fiduciario e nell’assunzione di un obbligo di trasferimento<sup>5</sup>. Dall’altro lato v’è chi, reputando il riferimento alla *causa fiduciae* indoneo a esaurire il dato morfologico del fenomeno, propugna la tesi c.d. pluralistica: nell’operazione fiduciaria verrebbero in rilievo plurimi negozi, con *causa* diversa dalla fiducia, relegata a *motivo* dell’operazione<sup>6</sup>. In particolare, si assisterebbe a un negozio traslativo “corretto” da un patto obbligatorio che impegna l’avente causa a esercitare il fascio di facoltà trasmessegli in modo conforme alle istruzioni del fiduciante<sup>7</sup>.

---

ma questi assume un vincolo obbligatorio in ordine alla destinazione o all’impiego dell’entità patrimoniale. Lo scopo dell’attribuzione è uno scopo atipico, cioè non previsto in via specifica dall’ordinamento giuridico [...]. Non vi è sproporzione tra mezzo e scopo, perché l’attribuzione patrimoniale è indispensabile per il conseguimento del fine pratico avuto di mira dalle parti [...], chi riceve la titolarità del diritto riceve anche, necessariamente, il potere di dispornere, in via reale, *erga omnes*, anche oltre e contro lo scopo».

<sup>5</sup> È questa la tesi di C. GRASSETTI, *op. cit.*, p. 345 ss.

<sup>6</sup> Vi sarebbe, cioè, una connessione tra un negozio a effetto reale, attributivo della proprietà, e l’altro a effetto obbligatorio – il *pactum fiduciae* – che vincolerebbe il fiduciario e ne regolerebbe la condotta. Così, F. FERRARA sr., *op. cit.*, p. 745 ss.; G. SEGRÉ, *Sul trasferimento in proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento in relazione alla riserva di dominio*, in *Ann. dir. comp.*, II-III, 1929, p. 832 ss. L. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, cit., p. 121 ss. rileva l’incompatibilità con il nostro ordinamento di una *causa fiduciae* idonea al trasferimento della proprietà, atteso che le cause a effetti reali costituirebbero un *numerus clausus* e, conseguentemente, i soli contratti capaci di produrre effetti reali sarebbero quelli a tal fine individuati dalla legge. Il principio del *numerus clausus* dei negozi a effetti reali viene fatto discendere dal *numerus clausus* dei diritti reali, stante l’esigenza di disciplinare in modo uniforme fonte ed effetto. Sostiene, invece, la tesi del negozio indiretto, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 77. Rileva l’impossibilità di ricondurre a un’unitaria configurazione causale il fenomeno pratico del negozio fiduciario N. LIPARI, *op. cit.*, p. 281.

<sup>7</sup> Il rapporto obbligatorio avrebbe, al contempo, la funzione di limitare la posizione giuridica del fiduciario.

# JUS CIVILE



La motivazione della decisione, circa l'inquadramento teorico del negozio fiduciario, si limita ad accennare le singole posizioni dottrinali, chiarendo che il quesito sollevato dall'ordinanza interlocutoria «pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte»<sup>8</sup>.

Il discorso, allora, si restringe attorno a un interrogativo: l'impegno di trasferimento del bene immobile al fiduciante è soggetto alla forma scritta *ad substantiam*<sup>9</sup>?

### 3. – Due gli orientamenti passati in rassegna dalle Sezioni unite.

Secondo l'indirizzo tradizionale, il negozio fiduciario avente a oggetto un bene immobile, comportando obblighi traslativi del bene dal fiduciario al fiduciante, sarebbe soggetto – analogamente al contratto preliminare che obblighi al trasferimento di un immobile – alla forma scritta *ad substantiam*<sup>10</sup>. La disposizione contenuta nell'art. 1351 cod. civ., relativa alla forma *per relationem* del contratto preliminare, sarebbe applicabile

---

rio e di giustificare causalmente l'atto dispositivo. Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1950, p. 300. In senso contrario, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 201 ss., osserva che il trasferimento a favore del fiduciario avrebbe esclusivamente la funzione di legittimarla esternamente a operare, sicché la “compravendita” o la “donazione” stipulate non realizzerebbero uno scambio o un intento liberale e, pertanto, sarebbero in realtà negozi astratti, non ammissibili nel nostro ordinamento fuori dai casi previsti dalla legge.

<sup>8</sup> A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 601 osserva che solo apparentemente le Sezioni unite prescindono dall'adesione all'una o all'altra tesi sul negozio fiduciario, in quanto, a ben vedere, «c'è una costruzione sulla fiducia alla base della soluzione al quesito. È la costruzione della fiducia come mandato»; A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *NGCC*, 2020, p. 958 e 964.

<sup>9</sup> Non si discute, dunque, della forma degli altri impegni fiduciari – per tutti, quelli a carattere gestorio – ma esclusivamente della forma dell'obbligo di trasferimento al fiduciante. Del resto, il mandato senza rappresentanza e il patto fiduciario possono ritenersi validi ed efficaci tra le parti anche se stipulati oralmente, fermo restando il problema del titolo dell'acquisto laddove essi abbiano a oggetto beni immobili. Così, a es., G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 168, avverte che «in tali casi, la forma scritta si impone per una coerenza sistematica ed un'esigenza di controllo che non si può ignorare»; Id., *La prova del “pactum fiduciae”*, in *Foro it.*, 1991, c. 2496 ss.; A. GENTILI, *op. cit.*, p. 597; R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *NLCC*, 2020, p. 1113, 1116 e 1120.

<sup>10</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in *Giur. it.*, 1994, p. 581 ss.; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 2044; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20189, in *Contratti*, 2005, p. 437 ss., con nota di A. VALENTINI, *Efficacia della dichiarazione cognitiva di diritti reali su beni immobili*; Cass. 7 aprile 2011, n. 8001, in *Giust. civ. mass.*, 2011, p. 558; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. it.*, 2012, p. 1045, con nota di F. MICHETTI, *Intestazione fiduciaria ed oneri di forma*; Cass., 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, in *Notariato*, 2019, p. 647.



# JUS CIVILE

analogicamente al negozio fiduciario; conseguentemente, l'impegno a trasferire (o ritrasferire) l'immobile dovrebbe essere contenuto in una dichiarazione *scritta e bilaterale*<sup>11</sup>.

In diversa prospettiva, con la pronuncia n. 10633 del 15 maggio 2014, la Corte di Cassazione, chiamata a giudicare un caso di patto fiduciario concluso oralmente, non ha affrontato *ex professo* la questione della forma del *pactum fiduciae*, dal momento che, ai fini della decisione, ha reputato sufficiente statuire che la fonte dell'obbligo del fiduciario di trasferire l'immobile possa risolversi anche nella sola dichiarazione *unilaterale* con cui quest'ultimo si impegni *per iscritto* a trasferire al fiduciante (o a un terzo da questo indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione del precedente accordo fiduciario<sup>12</sup>.

In altre parole, secondo la sentenza n. 10633/2014, la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario – si noti, *ricognitiva* del precedente *pactum fiduciae* orale – costituirebbe autonoma fonte dell'obbligo di trasferire l'immobile, coercibile giudizialmente<sup>13</sup>.

Quest'ultima pronuncia, peraltro, si inserisce in un solco già tracciato dalla decisione n. 20051 del 2 settembre 2013: in tema di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, infatti, la Suprema Corte, mutando con sorprendente *revirement* il precedente indirizzo, ha statuito che non è necessaria la forma scritta, essendo sufficiente, ai fini della validità (e, dunque, della coercibilità dell'obbligo di trasferimento), un atto

---

<sup>11</sup> Talvolta la giurisprudenza, nel ribadire la necessità dell'atto bilaterale scritto, ha ritenuto sufficiente la produzione in giudizio di una scrittura contro la parte dalla quale proviene, reputando così perfezionato l'accordo bilaterale. Così, in particolare, Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041, con nota di V. MARICONDA, *Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*.

<sup>12</sup> Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, in *Contratti*, 2015, pp. 12 ss., con nota di M. PATRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, nonché in *Giur. it.*, 2015, 582 ss., con nota di N. STEFANELLI, *Fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*. Segnatamente, la decisione riguardava un caso in cui la fiduciaria, mediante dichiarazione unilaterale, riconosceva espressamente l'esistenza di un patto fiduciario e assumeva l'impegno a ritrasferire i beni al fiduciante, indicato come il solo proprietario degli stessi, essendo stati acquistati con denaro da lui fornito. L'orientamento è compendiato nel seguente principio di diritto: «*La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali*».

<sup>13</sup> La Seconda Sezione, nel motivare l'ordinanza interlocutoria, aveva evidenziato le «decisive critiche» cui avrebbe prestato il fianco l'accoglimento di siffatto orientamento, pur aprendo alla possibilità che la dichiarazione unilaterale del fiduciario potesse integrare lo scritto a condizione che quest'ultima, sulla base delle circostanze del caso concreto, apparisse chiaramente il «precipitato di una causa fiduciaria concreta».



# JUS CIVILE

scritto del mandatario, anche posteriore agli acquisti effettuati, ricognitivo dell'impegno previamente assunto<sup>14</sup>.

4. – Discostandosi dalle precedenti pronunce di legittimità – a ben vedere *tutte* orientate per la necessità di un atto scritto, pur nella diversità delle soluzioni (*bilaterale* e *sostanziale* secondo l'orientamento tradizionale; *unilaterale* e *probatorio* secondo la pronuncia del 2014) – e precisando di voler circoscrivere l'esame della questione «avendo riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta», le Sezioni unite decidono di percorrere una “terza via” e statuiscono che per la validità del *pactum fiduciae* avente a oggetto l'obbligo di trasferimento al fiduciante del bene immobile intestato al fiduciario non è richiesta la forma scritta.

L'ampia motivazione fornita dalla Corte – ricca di riferimenti dottrinali e incline a non trascurare gli elementi della vicenda negoziale sottoposta alla sua cognizione – in taluni snodi sembra allontanarsi da una severa tenuta logica.

Proviamo a indagarne l'andamento.

Si legge, anzitutto, che il negozio concluso oralmente costituirebbe «fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare»; sicché, ove le parti non abbiano formalizzato il loro accordo in una scrittura, potrà al più porsi un problema di prova, non anche di validità del *pactum*. Con riguardo alla eventuale e successiva dichiarazione scritta del fiduciario, *ricognitiva* dell'impegno assunto, essa non varrebbe a surrogare la necessità dello scritto, ma rileverebbe esclusivamente per fini probatori.

L'apparato argomentativo della Corte muove da una premessa: nel rapporto che sorge in forza di un acquisto di bene immobile compiuto dal fiduciario, il *pactum fiduciae* sarebbe assimilabile, più che al contratto preliminare, al mandato senza rappresentanza.

Secondo le Sezioni unite, infatti, mentre nel contratto preliminare «l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede», nel negozio 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 di conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti». Sicché, diversamente dall'obbligo di trasferire inherente al preliminare di vendita immobiliare, la prestazione traslativa derivante dal negozio fiduciario non sarebbe destinata a

---

<sup>14</sup>Così, Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, c. 522 ss.



# JUS CIVILE

realizzare una funzione commutativa, ma risulterebbe diretta soltanto a «neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante».

La Corte, poi, osserva che a differenza dall'esecuzione dell'obbligo generato dal contratto preliminare – avente a oggetto la prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico, quale la compravendita, con la conseguenza che il successivo atto traslativo sarebbe qualificato da una causa propria e improntato a una funzione negoziale tipica – l'atto di trasferimento del fiduciario, analogamente a quanto avviene in adempimento del mandato senza rappresentanza, configurerebbe un pagamento traslativo, che trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nell'obbligazione di dare che da esso origina.

Dalla postulata differenza tra contratto preliminare e *pactum fiduciae*, le Sezioni unite concludono per l'impossibilità di applicare analogicamente a quest'ultimo la disposizione di cui all'art. 1351 cod. civ., che peraltro – secondo la richiamata pronuncia del 2013, in tema di mandato – sarebbe «norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare».

La ricostruzione compiuta dalle Sezioni unite si offre, qui, ad alcuni rilievi – di merito e di metodo – che potrebbero indurre a dubitare della complessiva tenuta razionale della decisione.

Invero, sebbene non possa negarsi assonanza tra l'*operazione fiduciaria* complessivamente intesa e lo *schema* del mandato senza rappresentanza<sup>15</sup>, non può sfuggire che l'oggetto del giudizio di simiglianza, esplicitamente compiuto dalla Corte, avrebbe dovuto appuntarsi sul *segmento* negoziale con il quale il fiduciario si obbliga a trasferire (o ritrasferire) un immobile al fiduciante. Di talché – ferma l'indiscutibile diversità causale tra negozio fiduciario e contratto preliminare – l'esito di quel giudizio avrebbe restituito una simiglianza, sul piano effettuale, tra il vincolo di trasferimento sorto in capo al fiduciario e quello che origina in capo a un promittente alienante di un bene immobile.

Un ulteriore argomento utilizzato dalla Corte per distinguere il *pactum fiduciae* dal contratto preliminare consiste nell'assegnare all'effetto obbligatorio discendente dal primo la funzione di conformare un effetto reale già prodotto. Ci pare, però, che la menzionata “conformazione” si realizzi proprio mediante l'imposizione di un obbligo a un suc-

---

<sup>15</sup> Cfr. A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, cit., p. 85 ss.; ID., *Simulazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, p. 577.



# JUS CIVILE

cessivo trasferimento, che non pare differire da quello generato da un contratto preliminare.

Non convince pienamente neppure l'argomento che fonda la distinzione tra contratto preliminare e *pactum fiduciae* sulla diversità del contratto definitivo dal pagamento traslativo (l'uno, caratterizzato da una causa propria e improntato a una funzione negoziale tipica; l'altro, che trova il proprio fondamento causale all'esterno). Siffatta differenza, infatti, è ancora una volta estranea al problema della qualificazione del segmento negoziale impositivo del vincolo di trasferimento, dal momento che entrambi i negozi – *pactum fiduciae* e contratto preliminare – determinano l'obbligo di un successivo trasferimento, analogo nel contenuto.

Le Sezioni unite, invece, rompono il tradizionale nesso tra *ratio* di un negozio e suo effetto tipico: ai fini di un'eventuale applicazione analogica di una disposizione, la Corte sostituisce, alla pur sufficiente identità di *ratio* tra casi, una necessaria identità della complessiva operazione di cui il negozio (nel caso di specie, il *pactum fiduciae*) partecipa.

Da altra prospettiva, non è immediato comprendere la ragione per cui le Sezioni unite si preoccupino di richiamare il precedente in materia di mandato del 2013 e, in particolare, l'argomentazione allora impiegata in punto di natura eccezionale dell'art. dell'art. 1351 cod. civ.<sup>16</sup>: se, come sostenuto dalla Corte, fosse risultata realmente persuasiva l'assenza di una *eadem ratio* tra contratto preliminare e *pactum fiduciae*, non si sarebbe posto neppure il problema dell'applicazione analogica della disposizione, a prescindere dall'eccezionalità o meno della stessa; pur deviando il ragionamento sulla natura eccezionale della disposizione, però, le Sezioni unite non si onerano di fornire alcuna motivazione al riguardo, reputando esistente una conclusione – quella dell'eccezionalità dell'art. 1351 cod. civ. – che, a ben vedere, avrebbe richiesto una più distesa argomentazione. Ci pare, in altri termini, ripetuto il medesimo vizio che, a sommesso avviso di chi scrive, infirma anche la pronuncia del 2013: sarà facile avvedersi, infatti, che anche quest'ultima decisione difetta di una meditata analisi intorno alla natura eccezionale o meno delle norme prescrittive di oneri di forma, venendo siffatta natura predicata in via meramente apodittica, senza adeguato impianto argomentativo.

La linea motivazionale seguita dalla Corte, inoltre, non convince pienamente anche sotto altro profilo. Le Sezioni unite, dopo aver rilevato che «al fine di stabilire se un con-

---

<sup>16</sup> Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, cit., sul punto, si limita a osservare che l'art. 1351 cod. civ. sarebbe «ipotesi eccezionale, in deroga al principio generale di libertà delle forme, come tale ex art. 14 preleggi pertanto insuscettibile di applicazione analogica, ed altresì di applicazione estensiva».



# JUS CIVILE

tratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere – secondo l’insegnamento di autorevole dottrina – con il metodo dell’analoga» e accertare se il rapporto di simiglianza intercorra con contratti tipici a struttura debole o con contratti tipici a struttura forte, richiamano la tesi della natura eccezionale dell’art. 1351 cod. civ., così colorando di ambivalenza un brano argomentativo che, stando alle premesse, avrebbe dovuto condurre a corollari differenti<sup>17</sup>. L’approdo della dottrina apparentemente

<sup>17</sup> Al riguardo, cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, spec. p. 20 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997. La critica agli *idola libertatis* si fonda sul tenore dell’art. 1325, n. 4, cod. civ.: da esso non può desumersi alcuna norma generale, dalla cui comparazione trarre l’eccezionalità delle norme prescritive di forma. Il legislatore, si sostiene, si limita a stabilire che la forma è requisito del contratto quando risulta che essa è prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Da ciò si desume che vi sono casi in cui la forma non assume rilevanza giuridica e casi in cui il farsi dell’atto si traduce in un dover farsi, secondo il modello stabilito dalla legge. Riconosciuto che il principio di libertà della forma non è una norma, ma una semplice espressione linguistica, cade la natura eccezionale delle norme sulla forma. «Le norme sulla forma sono norme, e basta. Non richiedono né raffronti né aggettivi di comparazione con altre norme. Come tali, sono suscettibili di applicazione analogica e capaci di esprimere principî generali dell’ordinamento giuridico (art. 12, 2 comma, disp. pref. cod. civ.)». Per R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, p. 743 ss. «se si prendono le regole legali come non passibili di interpretazione estesa, l’impostazione del formalismo programmato negli artt. 1350 e 1351 prende l’aspetto di un colabrodo». In particolare, l’art. 1351 cod. civ. sarebbe applicabile a «tutti i contratti (e gli atti) da cui derivi l’obbligo di operare, o il diritto di pretendere, o il potere di attuare una circolazione di diritti immobiliari».

Secondo P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 53 ss., andrebbe rifiutato ogni aprioristico giudizio relativo all’eccezionalità o regolarità delle disposizioni sulla forma, imponendosi, al contrario, un’indagine caso per caso, al fine di verificare se l’interesse tutelato dalla norma, per la cui attuazione effettiva è prescritto il vincolo formale, sia o meno espressione di valori preminentí e fondanti l’ordinamento, dovendosi concludere nel senso della regolarità tutte le volte che la norma dà attuazione a quei valori e, viceversa, nel senso dell’eccezionalità tutte le volte che da quei valori, motivatamente, la regola si discosti.

Sul carattere eccezionale delle disposizioni sulla forma, cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 162 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 218; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, p. 229; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 17; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 285; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 146; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 136; A. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962, p. 154 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 536 ss.; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 198 ss.; S. MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1981, p. 110; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 205 ss.

A favore di un’interpretazione estensiva delle disposizioni che impongono vincoli di forma *ad substantiam*, tra gli altri: M. FRAGALI, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D’Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 400; G. CIAN E A. TRABUCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, p. 913; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 175, nt. 1.



# JUS CIVILE

condivisa dalla Suprema Corte, infatti, consiste proprio nella negazione della natura eccezionale delle disposizioni sulla forma, suscettibili di applicazione analogica.

Su altra linea, poi, ci pare che la Corte – escludendo ogni possibilità di ragionare in termini di applicazione diretta dell’art. 1351 cod. civ. al *pactum fiduciae* – abbia trascurato di considerare la tesi di chi, correlando *formalismo* ed *effetto tipico* del negozio, reputa che l’area di operatività della singola *ratio legis* della disposizione prescrittiva di forma debba essere riferita al *tipo* di effetto prodotto<sup>18</sup>. In questa prospettiva, allora, l’argomentazione della Corte non pare rigorosa: mancando di constatare nel *pactum fiduciae* la ricorrenza del connotato strutturale del *pactum de contrahendo*, le Sezioni unite hanno omesso di verificare se l’applicazione dell’art. 1351 cod. civ., lungi dall’integrare applicazione analogica di una norma assolutamente eccezionale, potesse invece comportare l’attuazione di una regola che prescrive un onere di forma rispetto a tutti gli atti produttivi di determinati effetti<sup>19</sup>.

---

Contestano che le prescrizioni formali abbiano natura eccezionale V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 382; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.* 1986, p. 68 ss.; implicitamente, R. SCGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961, p. 436.

<sup>18</sup> V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 384, osserva che «nel nostro sistema positivo vige un principio di stretta correlazione tra la forma di un atto e la natura dei suoi effetti, il principio, cioè, per cui solo i negozi giuridici diretti a realizzare determinati effetti sono soggetti all’onere della forma solenne»; G. MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 653; S. PAGLIANTINI, *sub art. 1350 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, II, Torino, 2011, p. 17; P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 820; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 900; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 26 ss. e p. 46 ss.

<sup>19</sup> Recentemente A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., p. 608, «Se anche l’assunto dell’eccezionalità (non si capisce in che senso) dell’art. 1351 tenesse, non implicherebbe la forma libera del mandato e del patto fiduciario immobiliare, perché 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» (corsivo originale); R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., p. 1117: «Il requisito formale del mandato si fonda quindi sul disposto dell’art. 1351 cod. civ., in quanto espressione di una direttiva di sistema, e quindi non per l’assimilazione tra i due negozi, preliminare e mandato o patto fiduciario, ma per l’identità di effetti, cioè l’obbligo di trasferire che sorge a carico dei contraenti. Ciò ancor più ove si consideri che l’obbligo di trasferire il bene immobile dal fiduciario al fiduciante costituisce un effetto non essenziale del *pactum fiduciae*, potendo esso esaurirsi nella titolarità strumentale, nei profili gestori secondo le istruzioni del fiduciante e nel successivo trasferimento a terzi». Al riguardo, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 49 ss.; in prospettiva parzialmente difforme R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., p. 536 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 316 ss.



# JUS CIVILE

Ricondotto il *pactum fiduciae* allo schema del mandato senza rappresentanza – contratto a struttura c.d. debole – le Sezioni unite statuiscono che per la validità dello stesso non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo a un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio<sup>20</sup>.

Invero – argomenta la Corte – l’osservanza del requisito della forma scritta sarebbe imposta dall’art. 1350 cod. civ. soltanto per gli atti traslativi, vale a dire per il contratto di acquisto dell’immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento a opera del medesimo.

Con riguardo alla natura dell’atto di trasferimento, invece, si chiarisce che «nell’atto di trasferimento del fiduciario – analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706, secondo comma, cod. civ.) – si ha un’ipotesi di pagamento traslativo, perché l’atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell’accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che esso origina»<sup>21</sup>. Il trasferimento della proprietà al fiduciante, dunque, avviene *solvendi*

<sup>20</sup> In dottrina, sulla forma del mandato, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 114, ritiene che il mandato ad acquistare beni immobili contiene altresì un *pactum de contrahendo*, avente a oggetto la conclusione del futuro negozio di trasferimento dal mandatario al mandante. Per l’Autore, dunque, «non si vede perché dovrebbe escludersi l’esistenza di un contratto preliminare, il quale, concernendo il futuro trasferimento di un diritto reale immobiliare, richiede la forma scritta»; ID., *In tema di forma del mandato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 213 ss.; secondo G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1957, p. 26 ss., la disposizione di cui all’art. 1351 cod. civ. sarebbe applicabile a tutti quei rapporti causalmente volti al trasferimento di diritti reali immobiliari. Posta l’applicabilità dell’art. 2932 cod. civ. a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, l’art. 1351 cod. civ. «deve applicarsi a tutti i contratti i quali obblighino le parti a stipulare tra loro un ulteriore negozio solenne, essendo irrilevante al riguardo se da quei contratti discendano, accanto a questo, ulteriori effetti essenziali». Su altra linea, in ossequio al principio di libertà delle forme, M. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 411; ID., *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 64 ss.; R. CALVO, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 133 ss.; ID. *Il mandato. Disciplina e prassi*, diretto da Cuffaro, Torino, 2011, p. 11 ss. Ritiene che il mandato sia un «contratto a forma variabile», A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1985, p. 424; C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1985, p. 194; M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. dir. priv.*, sez. civ., XI, 1994, p. 161.

<sup>21</sup> Sin dalla metà del secolo scorso, la dottrina rilevava l’esistenza di «situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la causa». Così, M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565. Con riguardo al mandato ad acquistare beni immobili, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano, 1994, p. 202 ss., osserva che esso è un contratto puramente obbligatorio, che produce nei confronti del mandatario un obbligo di trasferire, «ossia è causa di un pagamento traslativo». Sicché, nelle ipotesi in discorso, «il negozio è privo di una propria individualità funzionale intrinsecamente idonea a giustificare lo spostamento patrimoniale: la causa giusti-



# JUS CIVILE

*causa*, in adempimento di un preesistente obbligo che ha titolo nel *pactum fiduciae*<sup>22</sup>.

A tal proposito, il condivisibile rilievo per cui dal negozio fiduciario sorge, in capo al fiduciario, un'obbligazione di dare (*i.e.* un'obbligazione di trasferire un diritto reale), cui segue un pagamento traslativo, non sembra possa condurre a trascurare che siffatto pagamento costituirebbe soltanto un *modus adquirendi*, mentre il *titulus* resterebbe il *pactum fiduciae*. In altri termini, il presupposto causale dell'assunzione dell'obbligo – e, dunque, la ragione dell'effetto traslativo del diritto reale dal fiduciario al fiduciante – risiederebbe nel *pactum fiduciae*<sup>23</sup>.

Seguendo l'insegnamento delle Sezioni unite, allora, si addiverrebbe all'epilogo per cui il fiduciante diverrebbe proprietario del bene immobile trasferitogli dal fiduciario in adempimento della sua obbligazione contrattuale di dare che trova la sua fonte in un *pactum fiduciae* orale.

---

ficativa del trasferimento è fuori dallo schema negoziale e risiede in un rapporto precedente al quale la prestazione traslativa è collegata da una funzione esecutiva». Nella medesima direzione, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, Milano, 1966, p. 45 ss.; V. SCALISI, voce *Negozi astratti*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 92 ss.

Secondo la dottrina prevalente, il requisito causale, necessario per la validità della prestazione traslativa, richiede – oltre all'intento negoziale qualificato dallo scopo di dare esecuzione a un determinato rapporto – un ulteriore elemento, dato dal rapporto antecedente, che costituisce il fondamento giustificativo dell'effetto traslativo. In tal senso, L. MENGONI, *op. cit.*, p. 204 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 105 ss.; V. LOPILATO, *Il pagamento traslativo (prima parte)*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 420 ss.; A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione processuale, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 31.

<sup>22</sup> Per una compiuta ricostruzione degli orientamenti sulla struttura del pagamento traslativo, cfr. A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*, Milano, 2007, p. 12 ss. In particolare, sostengono la tesi contrattuale del pagamento traslativo, G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 660 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 757 ss. Propendono, invece, per la natura unilaterale del pagamento traslativo, invece, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da Schlesinger, Artt. 2643-2645-bis, I, Milano, 1998, p. 606; ID., *Babbo natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, p. 2896 ss.; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 480; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 311 ss. Sul punto, cfr. anche C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento degli effetti reali*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 591, nonché G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 621 ss.

<sup>23</sup> Seppur con riferimento al mandato, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano 1984, XXXII, p. 378 ritiene che «attribuendo nella specie al mandato un'efficacia meramente obbligatoria non potrebbe negarsi che il *titulus adquirendi* del mandante sarebbe pur sempre costituito dal contratto di mandato – non già dal successivo negozio traslativo di esecuzione, il quale fungerebbe in sostanza da semplice *modus adquirendi* – e che la radice dell'effetto traslativo interno si trova comunque nel mandato e nella causa gestoria che lo sorregge». Sulla stessa linea, L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 94 ss. Con riguardo al *pactum fiduciae*, cfr. recentemente U. CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 62 ss.

# JUS CIVILE



Ora, è noto che il legislatore individua i contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, seguendo il criterio della rilevanza degli effetti che il negozio, quale ne sia la causa, produce (art. 1350 cod. civ.). E, sotto questo profilo, l'adempimento da parte del fiduciario dell'obbligazione di “trasferire” il bene immobile produce, a favore del fiduciante, l'acquisto del bene. Ciò, però, non può non apparire singolare ove si giunga ad ammettere – così come fa la Corte – che il *pactum fiduciae* possa essere concluso oralmente.

D'altro canto, la circostanza che il *pactum fiduciae* non sia immediatamente produttivo di effetti reali non varrebbe a negare che, all'esito dell'operazione, il *titulus adquirendi* sia proprio il *pactum fiduciae*<sup>24</sup>.

Ci pare, allora, che l'opzione ermeneutica preferita dagli Ermellini si rannodi a una impostazione ben precisa.

Infatti, nell'ottica di un'analisi della «dimensione pratica del negozio fiduciario», emergente dal contesto delle controversie venute all'esame della giurisprudenza, le Sezioni unite sembrano palesare il proprio indirizzo metodologico.

Sostiene la Corte che negli accordi fiduciari verbali, conclusi all'interno di nuclei familiari o tra persone legate da stretti vincoli, le parti, restie ad affidarsi ad atti scritti, preferiscono fondare il rapporto sulla fiducia reciproca e sulla lealtà. La scelta della forma scritta, allora, priverebbe di respiro una prassi largamente diffusa, finendo per «incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico»<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Al riguardo, cfr. le perplessità di A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., p. 603 ss. Condivide l'idea che l'atto unilaterale scritto con un *expressio causae* (o comunque correlato ad un patto orale valido) possa contribuire a formare un titolo idoneo all'acquisto, G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, cit., p. 169.

<sup>25</sup> Le Sezioni unite, sul punto, condividono testualmente la tesi di N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 431 ss., che osserva come laddove si arrivasse a condizionare la rilevanza del patto fiduciario alla circostanza che i soggetti abbiano consegnato in un atto scritto il *pactum fiduciae* «verrebbe praticamente esclusa la rilevanza pratica della fiducia in quasi tutte le ipotesi di *fiducia cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarietà dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico»; recentemente Id., *Oltre la fiducia*, in *Foro it.*, 2020, c. 1951 ss.

Censurano il brano argomentativo G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, cit., p. 168 ss.; U. MORELLO, *La “ricognizione” degli accordi fiduciari*, in *Notariato*, 2020, p. 292 ss., con considerazioni che si rinvengono già in Id. *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1996, p. 84 ss.; A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, cit., p. 968, per il quale «un'affermazione di tal fatta, nell'ambito di una realtà giuridica come quella odierna, in

# JUS CIVILE



La Corte pare aderire, dunque, alla tesi di chi reputa che la disposizione di legge da applicare al caso concreto, più che preesistere all'accadere del fatto, debba conciliarsi con il concreto dell'esperienza, sì che i dati normativi possano leggersi alla luce della realtà<sup>26</sup>. Il negozio fiduciario, allora, rappresenterebbe il paradigma di un ordinamento che antepone la prassi alla legge, il fatto al diritto. Quest'ultimo sarebbe chiamato a valorizzare, “giuridificandole”, istanze della dimensione pratica del comportamento ravvisabili – nel caso di specie – nella renitenza dei consociati e nelle propensioni delle persone a non affidarsi allo scritto in materia di negozio fiduciario.

L'osservazione, tuttavia, sembra non considerare un ulteriore dato pratico del fenomeno: sovente, se non sempre, il fiduciante si fa rilasciare *per iscritto* una dichiarazione ricognitiva del *pactum fiduciae*. Muovendo da questo dato, discorrere di opportunità, di fiducia e di lealtà non sembra calzare la scena di tutte le situazioni fiduciarie ipotizzabili.

Del resto, se la «fiduciarietà» fosse realmente sufficiente a regolare l'operazione, non si vede perché, in difetto della stessa, debba subentrare la tutela giuridica di cui all'art. 2932 cod. civ. Parrebbe infatti incoerente con un piano meramente fiduciario la possibilità di accordare al fiduciante, tramite la coercizione giuridica, anche ciò che la fiducia – cui si è affidato in un primo momento – non gli consente di ottenere (*i.e.* il trasferimento dell'immobile che il fiduciario ha acquistato dal terzo)<sup>27</sup>.

---

cui le leggi (sull'antiriciclaggio, di diritto tributario, ecc.) richiedono ai privati un sempre maggior rispetto delle regole di trasparenza, presta chiaramente il fianco a una facile critica: quella che così il *pactum fiduciae* può divenire uno strumento disponibile per tutti coloro che sono interessati a mantenere il più possibile velati i loro assetti patrimoniali».

<sup>26</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 113, afferma che «le forme giuridiche non possono correre il rischio – esiziale – di separarsi da valori e interessi diffusi e condivisi. L'interprete è, oggi, *inventore* per eccellenza, con diversi svolgimenti del suo procedimento *inventivo*: che può consistere o in una decifrazione del sostrato valoriale dell'esperienza, o in una intermediazione (fra norme decrepite e fatti novissimi)». Pur con differenti sfumature, N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 302 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 45; più recentemente, ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, *passim*.

Avverte il pericolo di criteri di giudizio che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono immediata risposta alle situazioni di vita, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 8.

<sup>27</sup> In tal senso, R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., spec. p. 1121 ss., osserva che il patto fiduciario è atto a forma libera salvo che per la realizzazione di determinati effetti. Sicché, isolando l'obbligo di trasferire al fiduciante l'immobile rispetto agli altri effetti del patto, ben potrebbe giungersi ad ammettere che, nonostante il difetto di forma, il fiduciante conservi un'azione risarcitoria verso il fiduciario per il mancato trasferimento del bene e che la nullità del *pactum* non sarebbe di ostacolo alla valida esecuzione spontanea del trasferimento da parte del fiduciario. Nel medesimo senso, G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, cit., spec. p. 169. Contra U. CARNEVALI, *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contr.*, 2020, p. 269, rileva che in ipotesi di nullità del patto fiduciario orale, per un ver-



# JUS CIVILE

5. – Stabilito che per la validità del patto fiduciario avente a oggetto l’obbligo di trasferire l’immobile non è richiesta la forma scritta, le Sezioni Unite completano la ricostruzione chiarendo la rilevanza della dichiarazione *ricognitiva* rilasciata dal fiduciario.

Al riguardo, la Corte osserva che sovente il fiduciante che si affidi a un patto concluso *verbis* potrebbe avere difficoltà a dimostrare in giudizio l’intervenuta stipulazione dell’accordo. A tal fine soccorrerebbe proprio la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che, lungi dal costituire fonte dell’obbligazione di trasferimento, produrrebbe, quale effetto tipico, una *relevatio ab onere probandi* del patto (fatta salva una prova contraria), con la specificazione che essa – ancorché titolata – non avrebbe natura confessoria, sicché il promittente (nel caso di specie, il fiduciario) potrebbe sempre dimostrare l’inesistenza della causa e la nullità della promessa<sup>28</sup>; inoltre, per il caso in cui la dichiarazione fosse emessa in epoca successiva all’intervenuto decorso della prescrizione del diritto del fiduciante, essa integrerebbe una rinuncia tacita alla prescrizione, ai sensi dell’art. 2937, ult. comma, cod. civ.

Complessivamente, dunque, la Corte corregge la proposta costruttiva della sentenza n. 10633/2014, che scorgeva nella dichiarazione unilaterale *ricognitiva* la *fonte* dell’obbligo di trasferire<sup>29</sup>. Quella proposta, d’altra parte, era apparsa a una parte della

---

so, l’unico rimedio del fiduciante sarebbe la ripetizione delle somme versate al fiduciario e finalizzate all’acquisto dell’immobile e, per altro verso, un eventuale pagamento traslativo sarebbe privo di causa e, dunque, «il fiduciario potrebbe sempre pentirsi e rivendicarne la proprietà (pur restando tenuto alla restituzione al fiduciante delle somme ricevute per l’esecuzione dell’incarico)».

<sup>28</sup> Sugli atti di cognizione, cfr. M ORLANDI, *Note sugli atti di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 433 ss. A. REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, cit., p. 966 ss., osserva che la decisione avrebbe implicitamente contraddetto quell’orientamento di legittimità da sempre contrario, in ossequio al testo dell’art. 1988 cod. civ., all’applicazione della disciplina sulla promessa di pagamento e sulla cognizione di debito alle fattispecie concernenti diritti reali.

<sup>29</sup> Per una diversa ricostruzione della relazione tra patto fiduciario e dichiarazione unilaterale cfr. R. LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., p. 1123 ss. e p. 1128 ss. In particolare, secondo l’A., la struttura unilaterale della dichiarazione del fiduciario non esclude la sua rilevanza impegnativa e non giustifica la riduzione della sua rilevanza ai soli fini probatori. La dichiarazione unilaterale determinerebbe il perfezionamento del vincolo contrattuale secondo il procedimento di cui all’art. 1333 cod. civ. «Di tale disposizione sussistono tutti i requisiti, in quanto il fiduciario, proponente, si obbliga, anche se implicitamente, al trasferimento a favore del fiduciante, senza che quest’ultimo assuma, al riguardo, alcuna obbligazione corrispettiva. Siamo in presenza di un’ipotesi paradigmatica di contratto con obbligazioni del solo proponente, sostenuto dalla causa fiduciaria e posto in essere dal fiduciario in adempimento del programma fiduciario. In mancanza di tale atto formale, seppur a struttura semplificata, il fiduciante, in caso di mancato trasferimento spontaneo da parte del fiduciario, non potrà agire per l’esecuzione in forma specifica. L’atto formale non è quindi inutile sul piano sostanziale, perché solo in forza di esso il trasferimento è coercibile in forma specifica, mentre il solo patto fiduciario a forma libera, pur valido per gli altri effetti obbligatori, potrà costituire fonte di responsabilità per il fiduciario e potrà anche fornire la



# JUS CIVILE

letteratura in contrasto con il tenore letterale dell'art. 1987 cod. civ., che detta la regola della nominatività delle promesse unilaterali<sup>30</sup>. La decisione delle Sezioni Unite, però, prende avvio da un caso in cui i fiduciari avevano rilasciato una dichiarazione scritta riconoscitiva dell'impegno di ritrasferire: *quid iuris*, in punto di prova, ove, ammettendo la validità di un *pactum fiduciae* immobiliare orale, manchi qualsivoglia atto scritto<sup>31</sup>?

In definitiva, potrebbe senz'altro sostenersi che la pronuncia abbia soddisfatto talune esigenze di "giustizia sostanziale": nel caso concreto, infatti, la declaratoria di nullità del *pactum fiduciae* – privo della forma *ad substantiam* – avrebbe senz'altro fatto premio sulle ragioni del fiduciante, che pur aveva ricevuto dal fiduciario una chiara dichiarazione contenente il riconoscimento del proprio obbligo (a tacere, poi, della circostanza che altri fiduciari avevano già trasferito al fiduciante le proprie quote, in forza di transazione stipulata in corso di causa).

Per altro verso, però, è dubbio che le Sezioni unite siano riuscite ad assicurare una coerenza argomentativa e il rigore di una ricostruzione concettuale e teorica che sia idonea a sgombrare il campo da successivi interventi nomofilattici.

---

giustificazione causale al successivo spontaneo atto traslativo, bilaterale in quanto implicante anche l'integrazione del precedentemente carente requisito formale, ma non potrà consentire la realizzazione dell'effetto traslativo attraverso l'esecuzione in forma specifica».

<sup>30</sup> Cfr. A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1478, per cui «sostenere che la dichiarazione unilaterale riconoscitiva dell'impegno fiduciario 'ha dignità' di autonoma fonte di obbligazione è fare giurisprudenza creativa *contra legem*»; ID., *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 611. In prospettiva in parte diversa, cfr. U. CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 62, ma anche ID., *Le Sezioni Unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contr.*, 2020, p. 267 e 270. Avanza perplessità sul dogma della tipicità legale dei negozi unilaterali, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 234 ss., spec. p. 238 ss. Secondo A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 52 ss., invece, la promessa unilaterale atipica sarebbe vincolante ove presenti un'adeguata giustificazione causale. Sul punto, cfr. anche E. CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, p. 68 ss.; A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, p. 235 ss.; C.A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, Torino, 1984, p. 805 ss.; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 754 ss.

<sup>31</sup> Avverte il problema della prova del *pactum* in mancanza della dichiarazione riconoscitiva scritta A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 611; G. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, cit., p. 169, spec. nt. 68, rileva che il fiduciario, in assenza di alcun atto scritto, potrebbe richiedere e trascrivere – se e in quanto possibile – la domanda di sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., paralizzando, in attesa della prova dell'esistenza dell'atto, ogni interesse o garanzia dei creditori e dei terzi.