

LA FORMA DEL *PACTUM FIDUCIAE* E DEL MANDATO SENZA RAPPRESENTANZA CON OGGETTO IMMOBILIARE ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE: QUESTIONI TEORICHE E RISVOLTI APPLICATIVI

(il presente scritto si propone essenzialmente di riprodurre, rielaborare, riassumere e riorganizzare le più autorevoli opinioni dottrinarie e giurisprudenziali sugli argomenti in oggetto, ponendo particolare attenzione a quei temi che possano maggiormente coinvolgere gli aspetti pratici della funzione notarile in detta materia)

Una recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, la n. 6459 del 6 marzo 2020, costituisce l'occasione per svolgere, in questa relazione, alcune riflessioni sugli accordi di carattere fiduciario che hanno ad oggetto la gestione di immobili da parte del fiduciante, nell'interesse di un fiduciario, per finalità concordate. Nel caso esaminato dalle SS.UU. si trattava dell'acquisto di immobili con un atto notarile stipulato nel 1984, debitamente registrato e trascritto, da parte di Tizio e Caia, con somme messe a disposizione Sempronio, fratello di Tizio e cognato di Caia.

Le parti non avevano redatto nessuna dichiarazione scritta al momento in cui gli immobili furono acquistati.

Molto tempo dopo (nel 2002) i fiduciari (Tizio e Caia) avevano sottoscritto due separate scritture del medesimo tenore, nelle quali davano semplicemente atto che il vero proprietario degli immobili da loro acquistati era Sempronio e si impegnavano quindi a trasferire gli immobili di cui erano divenuti titolari a sua richiesta.

Qualche anno dopo, tuttavia nel 2006, i fiduciari rifiutavano di trasferire al fiduciante gli immobili acquistati.

Si apriva quindi una controversia fra le parti con i seguenti esiti:

--- il Tribunale di Napoli, con Sentenza 11.1.2008, ritenne valide le due scritture come atti di ricognizione di un'operazione fiduciaria e i giudici stabilirono che i fiduciari dovevano trasferire al fiduciante, che ne aveva fatto richiesta, i beni immobili acquistati a suo tempo da terzi;

--- anche la Corte d'Appello di Napoli, con sentenza del 17 aprile 2014, decise nello stesso modo, specificando che gli atti sottoscritti da Tizio e Caia costituivano un elemento dell'operazione fiduciaria ed erano chiaramente collegati agli atti di acquisto, non essendo rilevante il lungo lasso di tempo intercorso dall'acquisto (18 anni) in quanto la contestualità fra i due negozi non è richiesta e comunque la produzione in giudizio da parte di Sempronio (fiduciante) equivaleva ad accettazione; nel suo complesso i giudici del gravame ritennero quindi di trovarsi di fronte ad un effettivo e valido negozio fiduciario.

La sentenza della Corte d'Appello di Napoli è stata impugnata presso la Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, soprattutto perché il patto fiduciario (equiparabile ad un contratto preliminare) avrebbe dovuto essere concluso - e quindi anche provato - in forma scritta (ex art. 1351 c.c.), in quanto comportava (anche e senza dubbio alcuno) l'obbligo di trasferire degli immobili con un successivo contratto (chiamiamolo pure «definitivo») che comporta il trasferimento della proprietà, da redigersi quindi con un atto notarile registrato e trascritto. Non essendo stata rispettata la forma richiesta, l'atto ricognitivo successivo "avente natura confessoria", non era idoneo a provare il patto fiduciario. A ciò va inoltre aggiunto che l'atto ricognitivo sottoposto all'esame dei giudici non menzionava la causa dell'accordo in modo specifico: il fratello Tizio o la cognata Caia si limitavano infatti a dichiarare per iscritto che Sempronio era il "vero proprietario" dell'immobile.

Su questi principi si affermava, comunque, che esisteva una giurisprudenza della Cassazione da tempo consolidata.

La seconda Sezione civile della Corte di Cassazione, con Ordinanza del 5 agosto 2019 (n. 20934), dopo aver affermato l'esistenza di un contrasto circa la forma che deve

rivestire il *pactum fiduciae* qualora esso abbia oggetto immobiliare, non ha deciso sul punto ma ha ritenuto di rimettere gli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., **per l'assegnazione della relativa questione alle Sezioni Unite.**

La rimessione alle Sezioni Unite è stata motivata in quanto, secondo la Sezione rimettente, di fronte ad un orientamento - tradizionale e consolidato – in forza del quale il negozio fiduciario, ove abbia ad oggetto diritti immobiliari, debba rivestire la forma scritta a pena di nullità (cfr., da ultimo, Cass., Sez. II, 25 maggio 2017 n. 13216, ma nel medesimo senso anche Cass., Sez. I, 26 maggio 2014 n. 11757, Cass., Sez. II, 9 maggio 2011 n. 10163, Cass., Sez. II, 7 aprile 2011 n. 8001; Cass., Sez. II,, 13 aprile 2001 n. 5565; Cass., Sez. II,, 19 luglio 2000 n. 9489; Cass., Sez. II,, 30 gennaio 1995 n. 1086), **se ne contrappone uno diverso il quale, al contrario**, ponendo l'accento sullo scopo cui tende il fenomeno in questione – ossia la realizzazione di un vero e proprio “*programma fiduciario*” - **ritiene valido ed efficace un *pactum fiduciae* concluso oralmente anche qualora esso riguardi diritti immobiliari, rispetto al quale la dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario (magari anche a distanza di lungo tempo) dopo aver riconosciuto la titolarità “reale” del relativo diritto in capo al fiduciante, si impegna, in maniera attuale e precisa, a trasferire al medesimo, ovvero ad un terzo da questi indicato, la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di detto precedente accordo fiduciario concluso verbalmente non costituisce una semplice promessa di pagamento, ma un'autonoma fonte di obbligazioni, suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., a condizione - tuttavia - l'atto unilaterale in oggetto contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali** (cfr., in specie, Cass., Sez. III, 15 maggio 2014 n. 10633). La Sezione rimettente ha, tuttavia, osservato come tale ultimo indirizzo presterebbe il fianco ad alcune critiche riassumibili, sostanzialmente, nella considerazione per cui la dichiarazione unilaterale del fiduciario non potrebbe avere funzione ricognitiva retrospettiva, né potrebbe ridursi alla confessione di un diritto reale altrui, dovendo invece chiaramente apparire, attraverso il compiuto esame della vicenda - e tenendo anche conto del profilo temporale - la presenza in concreto della *causa fiduciae*.

Nozione di negozio fiduciario.

Il negozio fiduciario, così come ogni altro schema contrattuale non disciplinato dal nostro legislatore - e quindi da definirsi atipico o innominato - ha sempre richiesto, e continua ancora oggi a richiedere, grandi sforzi interpretativi al fine di comprendere quale sia lo schema negoziale tipico al quale più si avvicina, in modo tale da poter poi rinvenire la disciplina allo stesso applicabile per assimilazione o prevalenza. Relativamente al negozio fiduciario, inoltre, sono oggetto di discussione sia la natura giuridica sia, di conseguenza, la disciplina in concreto applicabile allo stesso. Tuttavia, si badi bene, non si dubita sul fatto che esso appartenga al genus "contratto" (ossia negozio bilaterale), quanto su quali ne siano le caratteristiche essenziali (cioè quale ne sia la causa o se esso sia un singolo contratto oppure si sia dinanzi ad un caso di collegamento negoziale o di negozio indiretto).

In maniera estremamente sintetica, è possibile affermare che, attraverso il negozio fiduciario, il fiduciante trasferisce al fiduciario (ovvero fa a quest'ultimo trasferire da un terzo, pagandone il prezzo o mettendo a disposizione il relativo prezzo) una situazione giuridica (ad es. il diritto di piena proprietà di un bene immobile) in modo tale da determinarne, in capo al fiduciario medesimo, l'acquisto della relativa titolarità, opponibile tanto al fiduciante che ai terzi; a tale negozio, però, se ne aggiunge uno ulteriore - normalmente separato (ma non autonomo) dall'atto traslativo, oltre che segreto - con cui si impongono al fiduciario obblighi circa la situazione giuridica oggetto del precedente trasferimento: **il fiduciario, cioè, per effetto di tale pattuizione, si obbliga verso il fiduciante ad esercitare il diritto secondo le istruzioni impartite da quest'ultimo, per poi ritrasferirglielo a sua richiesta o quando il rapporto fiduciario, per qualunque causa, cessi.**

Il negozio fiduciario, a dispetto della mancanza di un riconoscimento e di una disciplina legislativa specifica, **è una figura contrattuale a cui si ricorre di frequente nella pratica, in quanto in grado di rispondere a molteplici esigenze di fronte alle quali gli schemi contrattuali tipici non appaiono sufficienti e/o appropriati**. Proprio tale circostanza, che in tempi non lontani ha spinto numerosi giuristi ad invocare l'introduzione di una figura tipica

di negozio fiduciario e che ha portato alla recente elaborazione di un progetto di legge in tal senso, ha indotto studiosi ed operatori del diritto ad interrogarsi sull'ammissibilità e sulla possibile configurazione di tale contratto.

Per lungo tempo autorevole dottrina ha, in effetti, messo in dubbio la stessa possibilità di riconoscere come valido nel nostro ordinamento un negozio che comporti il trasferimento della proprietà del bene al fiduciario, con l'accordo che egli lo tenga nell'interesse del fiduciante, per ritrasferirlo successivamente a questi o ad un terzo, e gli argomenti addotti al riguardo appaiono di non poco rilievo. Da più parti, si è infatti obiettato che un simile negozio mirerebbe a costituire in capo al fiduciario un diritto reale differente e più limitato rispetto al diritto di proprietà e non riconducibile agli altri diritti reali previsti dall'ordinamento, ponendosi in insanabile contrasto con il principio di tipicità diritti reali.

Simili rilievi hanno condotto la dottrina a ritenere ammissibile, nel nostro ordinamento, esclusivamente la fiducia c.d. romanistica, salve le ipotesi in cui, essendovi una espressa previsione normativa, come, ad esempio, nel caso delle società fiduciarie intestatarie di titoli azionari (di cui all' art. 1 l. 23.11.1939, n. 1966 e art. 1 r.d. 29.3.1942, n. 239), si è potuto ricondurre le fattispecie ad una proprietà fiduciaria in senso proprio. In tutti gli altri casi, dunque in via generale, **lo schema che per lo più si ritiene coerente con il nostro sistema giuridico è quello che comporta l'acquisto, da parte del fiduciario, di un vero e proprio diritto di proprietà valevole *erga omnes*, mentre il vincolo derivante dal *pactum fiduciae* ha efficacia meramente obbligatoria *inter partes*.** Con la conseguenza, tra l'altro, che in caso di violazione del patto da parte del fiduciario, il quale alieni a terzi il bene, il fiduciante sarà munito unicamente di una tutela risarcitoria per inadempimento, ferma restando la piena efficacia dell'alienazione compiuta (a prescindere dalla buona o mala fede non solo del fiduciario, ma anche del terzo).

Ancora maggiori difficoltà e difformità di opinioni ha creato la definizione della struttura della fattispecie negoziale, complicata dall'esigenza di individuare una giustificazione causale dell'atto traslativo al fine di superare l'obiezione dell'inammissibilità di trasferimenti astratti.

La dottrina tradizionale ha parlato di negozio caratterizzato da un'eccedenza del mezzo rispetto al allo scopo, ma a tale definizione gli interpreti più recenti hanno giustamente obiettato che nessuna eccedenza può esservi, in quanto le parti vogliono realmente il mezzo, ossia il trasferimento della proprietà. Partendo da tale critica, il negozio fiduciario è stato allora ricostruito, alternativamente, come negozio unitario atipico caratterizzato dalla *causa fiduciae*, ovvero come combinazione tra due negozi: un negozio reale collegato e limitato da un negozio ad effetti obbligatori.

Oggi, alla luce delle obiezioni autorevolmente mosse alla tesi che lo costruisce come un contratto unitario atipico qualificato dalla *causa fiduciae* (in quanto è stato osservato che nel nostro ordinamento non è ammissibile una *causa fiduciae*, atteso che, diversamente, si finirebbe per consentire un'arbitraria astrazione parziale della causa del negozio tipico: una vendita, una donazione o una disposizione di ultima volontà fiduciarie non sarebbero possibili, perché, altrimenti, la *causa fiduciae* piegherebbe tali negozi al perseguimento di un risultato economico-sociale incompatibile con quello che, per ciascuno di essi, è stato determinato dal legislatore), una parte della dottrina e la costante giurisprudenza (Cass. 30 gennaio 1968, n. 296; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159; Cass. 7 agosto 1982, n. 4438; Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. 1° aprile 2003, n. 4886; Cass. 8 maggio 2009, n. 10590; Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459) aderiscono all'idea che il negozio fiduciario si componga, in realtà, di due contratti collegati da una *causa fiduciae*: un primo contratto, con efficacia reale, traslativo della proprietà del bene, ed un secondo contratto (ossia il vero e proprio patto fiduciario) con efficacia meramente obbligatoria, in forza del quale il fiduciario dovrà ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo o comunque dovrà utilizzarlo per conseguire un certo fine; questo secondo contratto, poi, secondo alcuni ha natura di mandato senza rappresentanza, secondo altri ha invece natura di contratto preliminare, e deve considerarsi comunque valido a patto che abbia causa lecita e non

ricorra perciò un'ipotesi di frode alla legge. Il problema della giustificazione causale dell'effetto traslativo del primo contratto viene molto spesso ignorato, mentre altre volte viene "dribblato" con l'affermazione che il contratto traslativo in realtà avrebbe una propria causa (ossia quella della vendita o della donazione a seconda dei casi) capace di giustificare il trasferimento della proprietà, solo che essa nei rapporti interni, per effetto del patto fiduciario, opererebbe unicamente in astratto, in quanto in concreto, invece, opererebbe la causa del mandato (sempre solo nei rapporti interni). L'efficacia meramente obbligatoria del *pactum fiduciae* fa sì che, in caso di suo inadempimento da parte del fiduciario, il quale alieni i beni a soggetti non concordati, il fiduciante non potrà in alcun modo recuperare la *res* alienata, dovendosi accontentare del risarcimento del danno, sempre che riesca a provare l'esistenza del patto, ricadendo su di lui tale onere processuale. Qualora, invece, il fiduciario si limiti a non ritrasferire la *res* al fiduciante, quest'ultimo potrà ricorrere al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre previsto dall' art. 2932 c.c. A tali conclusioni si giunge proprio partendo dalla distinzione (alla quale sopra si è già accennato) tra fiducia romanistica – che caratterizza il negozio fiduciario – e fiducia germanistica – inammissibile nel nostro ordinamento giuridico, in quanto contraria al principio di tipicità dei diritti reali (anche se, come già detto, la figura in parola la si riscontra nella c.d. intestazione fiduciaria di azioni e nell'ambito delle società fiduciarie disciplinate dalla legge n. 1966 del 1939): la prima comporta che il fiduciante trasferisca effettivamente la titolarità di un certo diritto al fiduciario, ferma l'obbligazione da questi assunta con il *pactum fiduciae* di ritrasferirla al fiduciante; la seconda si distingue dalla prima perché al fiduciario non è trasferita la titolarità del diritto – che rimane del fiduciante, anche rispetto ai terzi – ma solo la legittimazione ad esercitarlo in nome proprio e nell'interesse del fiduciante.

Si deve evidenziare, tuttavia, che l'effetto traslativo non è essenziale per la configurabilità di un negozio fiduciario. Come autorevolmente affermato da Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, infatti, quando si guarda al fenomeno fiduciario, occorre distinguere tra la fiducia c.d. dinamica e quella c.d. statica. Se la prima è caratterizzata da un trasferimento di beni dal fiduciante al fiduciario, la seconda ricorre qualora manca *tout court* un atto di trasferimento, perché il diritto oggetto del patto è già in titolarità del fiduciario, il quale tuttavia si impegna a

conformarne l'utilizzo al perseguimento nell'interesse altrui, per perseguire uno scopo concordato con il fiduciante.

A seconda dello scopo cui il trasferimento è finalizzato, si suole poi distinguere tra fiducia cum amico – nel qual caso l'attribuzione fiduciaria della *res* al fiduciante è volta a permettere ch'egli gestisca nell'interesse del fiduciante e in vista di un ulteriore trasferimento della titolarità di essa – e fiducia cum creditore – caratterizzata dal fatto che, in tal caso, il trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario è volto a far sì che quest'ultimo ottenga il bene a garanzia del proprio credito, per ritrasferirlo al fiduciante dopo che questi avrà adempiuto la propria obbligazione; la validità di tale fattispecie, però, è sempre dubbia, attesa la non remota possibilità ch'essa integri un negozio in frode alla legge per violazione del divieto del patto commissorio.

Non appaiono sussistere dubbi, invece, in relazione all'oggetto del *pactum fiduciae*, che può configurarsi in relazione a qualsiasi situazione giuridica soggettiva, tanto reale quanto personale, in quanto non vi sono ragioni per non ritenere valido l'obbligo assunto dal fiduciario di ritrasferire al fiduciante od a terzi un diritto di natura personale: chiara, in tal senso, Cass., Sez. II, 5 febbraio 2000 n. 1289, per cui “il *pactum fiduciae* può configurarsi in relazione a situazioni giuridiche soggettive di natura reale o personale, assumendo rilievo decisivo solo l'obbligo del fiduciario di ritrasferire il bene o il diritto acquistato al fiduciante o a terzi. È, pertanto, ravvisabile nell'ipotesi in cui il ritrasferimento al fiduciante concerna i diritti derivanti al fiduciario dal contratto preliminare di compravendita immobiliare già stipulato con terzi”.

La forma del “pactum fiduciae” e del mandato in materia immobiliare: tesi a confronto.

Una questione molto complessa è quella relativa alla forma del negozio fiduciario - elemento sul quale le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi – in quanto, anche se già Cass., Sez. II, 27 agosto 2012 n. 14654 ha chiarito, in motivazione che, “trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, e, in mancanza di una disposizione

espressa in senso contrario, il *pactum fiduciae* non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma”, ciononostante la questione si complica qualora il *pactum fiduciae* riguardi il trasferimento di diritti immobiliari, per i quali, come noto, il principio di libertà della forma si scontra con l'art. 1350, n. 1, c.c., che impone un onere di forma scritta.

La dottrina appare, sul punto, divisa fra chi (Carraro, Minervini) ritiene che anche il *pactum de contrahendo*, ricompreso nel mandato senza rappresentanza, debba essere rivestito della forma richiesta dall'oggetto del negozio da concludere, e chi (Giorgianni, Irti, Nicolò), al contrario, esclude la necessaria omogeneità formale fra negozio fiduciario e negozio di trasferimento, richiedendo la sussistenza del requisito di forma solo in riferimento all'atto traslativo.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, invece, si trova ripetutamente e costantemente affermato il principio per cui “il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta “*ad substantiam*”, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo” (Cass., Sez. II, 25 maggio 2017 n. 13216; cfr. anche, in senso conforme, tra le altre, Cass., Sez. I, 11 aprile 2018 n. 9010; Cass., Sez. II, 9 maggio 2011 n. 10163; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011 n. 8001; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000 n. 9489).

Secondo tale orientamento, in particolare, il negozio fiduciario costituisce un'ipotesi di **interposizione reale**, alla base della quale vi sarebbe un mandato senza rappresentanza conferito dal fiduciante al fiduciario e contemplante, fra l'altro, in capo al fiduciario/mandatario, l'obbligo di trasferire o ritrasferire il bene o il diritto secondo le istruzioni ricevute dal fiduciante/mandante; questa ricostruzione farebbe sì che il mandato fiduciario ed il contratto preliminare rientrerebbero in un comune *genus*, in quanto in entrambi sarebbe presente un *pactum de contrahendo*, con la conseguente applicabilità ad entrambe le figure (non solo dell'art. 2932 c.c., ma anche) delle norme sui requisiti formali e, in particolare,

dell'art. 1351 c.c. sulla forma del contratto preliminare; una volta ricondotto alla disciplina del mandato senza rappresentanza - osservano le Sezioni Unite - il *pactum fiduciae* assume la veste di un atto negoziale avente struttura necessariamente bilaterale e dispositiva, e “onere del fiduciante - si legge in Cass., Sez. II, 7 aprile 2011 n. 8001, cit. - è quello di dimostrare l'esistenza dell'accordo fiduciario scritto, 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 ricognizione *ex post* di un atto solenne *ab origine* perfezionato informalmente non vale a supplire al difetto della forma richiesta dalla legge ai fini della validità dell'atto (Cass., Sez. I, 18 aprile 1994 n. 3706): ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare (e relativi preliminari), il requisito della forma scritta prevista *ad substantiam* “non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né - quand'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 cod. civ. (Cass., Sez. II, 9 maggio 2011 n. 10163)”.

Da tale sistemazione dogmatica deriva principalmente quanto segue: **a) il patto di fiducia avente ad oggetto un diritto reale immobiliare deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*, dato che l'art. 1351 c.c. dispone che il preliminare deve avere la stessa forma del contratto definitivo (forma c.d. *per relationem*), per il quale la legge richiede la forma scritta a pena di nullità (art. 1350, comma 1, n. 1), c.c.), con la conseguente nullità del patto stesso qualora sia stipulato oralmente (artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 4), c.c.); b) non è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. il patto di fiducia che non rivesta *ab origine* tutti i requisiti di forma previsti dalla legge; c)**

l'eventuale dichiarazione unilaterale del fiduciario che attesti l'esistenza del patto fiduciario stipulato verbalmente e si riconosca obbligato al trasferimento della res in favore del fiduciante non è idonea a supplire all'originario difetto di forma dell'atto (Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. 7 aprile 2011, n. 8001; Cass. 26 maggio 2014, n. 11757; Cass. 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. 11 aprile 2018, n. 9010; Cass. 17 settembre 2019, n. 23093).

Sicché, in ultima analisi, ove si deduca che la compravendita sia interessata da un'interposizione reale di persona, la prova del *pactum fiduciae* può essere fornita solo con il documento, di formazione bilaterale, munito della necessaria forma *ad substantiam*, non potendosi, stanti i limiti *ex artt. 2724-2725 c.c.*, ricorrere alla prova testimoniale, alla confessione, al giuramento, alle presunzioni né, tantomeno, all'interrogatorio formale dell'interposto.

Tale rigido orientamento, tuttavia, è stato mitigato dalle conclusioni raggiunte da Cass., Sez. II, 1 aprile 2003 n. 4886, la quale, in motivazione, ha osservato che “quanto, poi, all'unilateralità della dichiarazione resa dal fiduciario, è ben vero che essa contrasta con la necessaria bilateralità del negozio fiduciario, ma poiché ad avvalersene in giudizio è il contraente del quale manca la sottoscrizione, devesi fare applicazione del noto principio giurisprudenziale, secondo cui, quando, come nel caso in esame, la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata lo produca in giudizio, invocandone a proprio favore gli effetti e così dando la propria adesione, se l'altra parte non abbia frattanto revocato il proprio consenso prima manifestato, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente” (conformi: Cass., Sez. III, 5 agosto 2005 n. 16490; Cass., Sez. III, 8 marzo 2006 n. 4921) (Si tratta - all'evidenza - di una applicazione del principio che fa perno, ai fini del rispetto della forma scritta *ad substantiam*, sull'equivalenza tra la produzione in giudizio del contratto e la sottoscrizione di esso ad opera di chi la scrittura produce: la volontà di adesione al contratto, in sostanza, intanto determina l'incontro delle volontà e dunque la conclusione del contratto, in quanto la produzione intervenga in un giudizio proposto nei

confronti delle altre parti del contratto che l'hanno già sottoscritto. In questo senso, recentemente, anche Cass., Sez. II, 22 gennaio 2018 n. 1525, per cui “in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *“ad substantiam”*, la produzione in giudizio di una scrittura privata a cura di chi non l'aveva sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e, pertanto, perfeziona *“ex nunc”* il contratto in essa contenuto, purché la controparte in giudizio sia la stessa che aveva già firmato tale scrittura e sia ancora in vita al momento di detta produzione, non producendosi altrimenti il necessario incontro delle volontà negoziali”).

Non sono mancate, però, anche in giurisprudenza, ipotesi ricostruttive diverse da quella tradizionale, le quali affermano l'applicabilità del principio della libertà di forma anche qualora il *pactum fiduciae* abbia ad oggetto il trasferimento di diritti immobiliari.

Innanzitutto, e risalendo indietro nel tempo, **Cass., Sez. III, 30 gennaio 1985 n. 560**, che fonda sul carattere eccezionale dell'art. 1351 cod. civ. e sulla sua inapplicabilità analogica ex art. 14 disp. prel. c.c.: in virtù di tali presupposti, dunque, **deve rivestire forma scritta “il [solo] negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma non anche quest'ultimo”**, che - per altro verso - può essere provato facendo ricorso a presunzioni semplici, stante l'inoperatività delle preclusioni di cui all'art. 2721 ss. c.c.

Quindi Cass., Sez. III, 15 maggio 2014 n. 10633, per la quale **l'accordo fiduciario non necessita indefettibilmente della forma scritta a fini di validità**, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto e sottoscritta con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, purché la medesima contenga la c.d. *expressio causae*, vale a dire faccia espresso riferimento al precedente patto di fiducia: secondo questo orientamento, alla base della dichiarazione unilaterale con cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione, promette il trasferimento del bene al fiduciante, può trovarsi anche un impegno assunto dalle parti (solo) verbalmente, 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 fiduciario-promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell’impegno e del contenuto della prestazione (ossia, nella nostra fattispecie, l’esatta individuazione degli immobili da trasferire con confini e dati catastali). Tale orientamento, invero, affonda le proprie radici nella giurisprudenza elaborata a partire dagli anni '70 del secolo scorso nell'ambito dei rapporti familiari, dettata dalla necessità pratica di mitigare in qualche modo il principio di inammissibilità di una *pronuntiatio contra se*, intesa quale “dichiarazione con la quale si riconosce che altri è proprietario, o comproprietario, o di un bene” ovvero quale “dichiarazione secondo la quale un bene intestato al dichiarante appartiene per metà ad altro soggetto: al coniuge, al genitore e così via: con una prima pronuncia del 1975, infatti, la Suprema Corte affermò che la dichiarazione con cui si manifesta la volontà di considerare di comune proprietà l’immobile acquistato in parte con denaro proprio ed in parte con denaro fornito da altro soggetto, è idonea a giustificare la pretesa di quest’ultimo di ottenere la condanna del titolare esclusivo dell’immobile all’esecuzione dell’obbligo di trasferire una corrispondente quota di proprietà, se ricorrono, in concreto, gli elementi della fiducia statica e ritenendo sussistente, nella specie, una “promessa di trasferimento a tacitazione del credito”.

Infine, merita di essere menzionata Cass., Sez. II, 27 agosto 2012 n. 14654 (richiamata in apertura di questo paragrafo) che, 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”.

Tratti comuni alle tesi favorevoli alla libertà della forma sono da ravvisare **(a) nell'assenza di limiti alla prova testimoniale o per presunzioni del *pactum fiduciae*** (non trovando applicazione l'art. 2725 c.c., e neanche l'art. 2722 c.c.: il *pactum fiduciae* - in linea generale - non può essere considerato, infatti, un patto contrario o aggiunto al contenuto di altro documento, da ravvisarsi nel negozio traslativo, in quanto questo produce tra le parti e i terzi i suoi effetti ed il negozio fiduciario non amplia, né modifica il suo contenuto), **in quanto si è in presenza di un negozio gestorio a forma libera, (b) nella conseguente rilevanza di una dichiarazione unilaterale postuma del solo fiduciario circa l'esistenza del patto e l'assunzione dell'obbligo di ritrasferimento del bene al fiduciante, nonché (c) nella coercibilità dell'obbligo di ritrasferimento assunto dal fiduciario nei confronti del fiduciante mediante la propria dichiarazione unilaterale**, in applicazione del principio posto da Cass., Sez. II, 30 marzo 2012 n. 5160, per cui: “il rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., al fine di ottenere 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 un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere *ex lege*”.

Un più recente riferimento per tale impostazione, inoltre, è rappresentato anche da Cass., Sez. III, 2 settembre 2013 n. 20051, che afferma il principio di libertà della forma in tema mandato senza rappresentanza volto all'acquisto di beni immobili: “in ossequio al principio di libertà delle forme - recita la massima ufficiale della richiamata pronunzia - il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta, che occorre soltanto per gli atti, come la procura, che costituiscono presupposto per la realizzazione dell'effetto reale del trasferimento della proprietà”: in senso conforme, più recentemente, si è espressa anche Cass., Sez. III, 28 ottobre 2016 n. 21805.

In sintesi, i principi affermati in materia di forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili dalla citata sentenza della Cassazione n. 20051 del 2 settembre 2013 sono i seguenti:

--- la forma scritta è richiesta a pena di nullità per gli atti relativi a diritti reali su beni immobili per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto;

--- in tema di mandato ad acquistare beni immobili, tale forma è, in base agli artt. 1350, 1351, 1392 e 1706 c.c., richiesta per la procura conferita dal mandante al mandatario, per il contratto - preliminare o definitivo - concluso dal mandatario a nome del mandante o proprio, e, in questo secondo caso, per il conseguente atto volto a ritrasferire il bene al mandante, la mancanza del quale può essere supplita dall'esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932;

--- la forma scritta non può considerarsi invece prescritta anche per il contratto di mandato in sé, perché da questo deriva soltanto, tra mandante e mandatario, l'obbligazione di eseguire il mandato, la cui mancata conforme esecuzione lo espone unicamente a responsabilità per danni.

--- qualora il mandatario abbia effettuato l'acquisto, l'esecuzione ex art. 2932 c.c. può quindi trovare fondamento anche nel solo atto unilaterale, redatto anche successivamente al detto acquisto, con il quale il mandatario riconosce il proprio obbligo.

I principi affermati dai giudici di legittimità contestano il precedente orientamento dominante, secondo cui la mancanza della forma scritta *ad substantiam* rende nullo il mandato (anche) senza rappresentanza avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili, impedendo che si costituisca un rapporto giuridico, e che conseguentemente sorgano legittimamente obbligazioni tra le parti (*Ex pluribus*: Cass., 18 giugno 1998, n. 6063; Cass., 12 gennaio 1991, n. 256 nonché Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137 e Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651). I precedenti giurisprudenziali, difatti, si fondavano sull' argomentazione secondo la quale la

volontà che da vita al mandato è la stessa che da vita al negozio giuridico che, per conto del mandante, il mandatario è tenuto a compiere, sicché, se per quest'ultimo è necessaria la forma scritta, anche l'atto con il quale il mandante dichiara la sua volontà deve rivestire la medesima forma, trattandosi, in sostanza, dell'applicazione della regola della necessità dell'atto scritto per le convenzioni relative ad immobili che si trae da molteplici disposizioni (su tutte art. 1351 e 1350 c.c.) (Ex pluribus: Cass. 10 novembre 2000, n. 14637).

Applicando tali principi al negozio fiduciario (il quale si fonda sul mandato senza rappresentanza ad alienare che lega il fiduciario al fiduciante), si può certamente argomentare nel senso che il patto fiduciario, in quanto atto meramente interno che non produce l'effetto reale connesso al trasferimento della proprietà, non richiede la forma scritta per la propria validità.

Se originariamente la tesi in parola sembrava non avere avuto alcun seguito, la Sezione Seconda della Cassazione, con la predetta ordinanza interlocutoria del 5 agosto 2019, n. 20934, trasmetteva gli atti al Primo Presidente perché valutasse l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite affinché dirimessero il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare in materia; quest'ultimo, valutate le ragioni dell'ordinanza interlocutoria, procedeva alla richiesta assegnazione.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con un improvviso quanto inatteso cambio di rotta, hanno abbandonato la tesi tradizionale ed hanno abbracciato, piuttosto, il più recente orientamento favorevole alla libertà della forma, anche qualora il negozio fiduciario abbia ad oggetto trasferimenti immobiliari: tale risultato hanno raggiunto, invero, muovendo dall'assimilazione del *pactum fiduciae* al mandato senza rappresentanza, piuttosto che al contratto preliminare. Le Sezioni Unite, tuttavia, in via preliminare hanno precisato che il principio di diritto cui addiverranno ad esito del loro iter argomentativo sarà da ritenersi valido limitatamente al caso di negozio fiduciario in cui difetti un previo

trasferimento di diritti dal fiduciante a favore del fiduciario, in quanto il fiduciante si limita a fornire al fiduciario la provvista per l'acquisto di un certo bene da un soggetto terzo (oppure, anche se la Corte non lo dice, si accordi col fiduciario affinché questi gestisca un bene già suo in un certo modo e nell'interesse del fiduciante prima di trasferirglielo: fiducia statica).

Quando, infatti, pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del *pactum fiduciae*, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976 n. 1798) - osserva la Corte - non esita a ricondurre il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario al mandato senza rappresentanza (in particolare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario; la giurisprudenza è, in proposito, decisamente granitica, in tutti i settori in cui si è occupata dell'istituto: solo per fare un recente esempio, così si legge in Cass., Sez. I, 23 marzo 2018 n. 7364: "in tema di negozi fiduciari, l'attività di amministrazione compiuta dalla società fiduciaria, caratterizzata dalla facoltà di compiere per conto del cliente un'attività volta alla realizzazione, sui singoli beni ad essa affidati, di una serie di atti giuridici coordinati in vista del raggiungimento di un risultato, è qualificabile come mandato senza rappresentanza, con la conseguenza che le azioni a tutela della proprietà dei beni spettano al fiduciante, mentre quelle inerenti la gestione dei beni affidati spettano al fiduciario); analoga posizione, come innanzi esposto, è stata espressa in dottrina, ove si rileva come mandato (in nome proprio) e negozio fiduciario si presentano entrambi come espressioni della interposizione reale di persona, pervenendo poi, con riferimento specifico all'ipotesi del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute, alla conclusione che tale posizione può essere qualificata come mandato o come fiducia, ma che le norme applicabili sono comunque le stesse.

A ciò va aggiunto che **la sovrapposizione tra negozio fiduciario e contratto preliminare (la quale giustificherebbe la necessità del ricorso alla forma scritta anche in relazione al primo, quando abbia ad oggetto un trasferimento immobiliare), per quanto costantemente affermata** (Cass. Sez. II, 25 maggio 2017 n. 13216. Cfr. anche, in senso conforme, tra le altre, Cass., Sez. I, 11 aprile 2018 n. 9010; Cass., Sez. II, 9 maggio 2011 n. 10163; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011 n. 8001), **è tutto, fuorché scontata: a) anzitutto - si**

osserva - nel preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede, mentre, al contrario, 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 - in quanto questo si è già prodotto - ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti (tale statuizione, però, secondo alcuni non coglie nel segno, in quanto, proprio nel caso di fiducia statica, qual è quello sottoposto al giudizio delle Sezioni Unite, l'effetto obbligatorio, come nel preliminare, precede quello reale ed è strumentale allo stesso); pertanto "mentre l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante"; b) 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 (cfr. l'art. 1706, comma 2, c.c.) - 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.

Su questi ultimi punti punto sono doverose almeno due notazioni. La prima è che la presa di posizione della Cassazione non è priva di valore. Circa la natura giuridica del contratto preliminare, la Corte mostra di aderire alla tesi che individua nel contratto preliminare un *pactum de contrahendo*, cioè un negozio meramente preparatorio, da cui deriva solo un obbligo di *facere* consistente nella prestazione del consenso alla stipula del contratto definitivo.

La seconda notazione è che la Corte, più o meno volontariamente, aderisce quindi alla tesi, oramai abbastanza consolidata, sulla scindibilità tra *titulus acquirendi* e *modus acquirendi*. Secondo la tesi *de qua*, malgrado nel nostro ordinamento non siano ammissibili negozi

astratti, ossia senza causa, è tuttavia possibile il caso di un negozio c.d. a causa esterna, che cioè rinviene la propria causa in un altro atto (*titulus*), posto a monte dello stesso, e del quale è attuazione (*modus*). Un esempio classico è proprio quello dell'atto con cui il mandatario senza rappresentanza, dopo aver acquisto un certo bene dal terzo, in esecuzione del mandato (ossia del *titulus*), pone in essere un atto (*modus*) con il quale trasferisce il bene stesso al mandante (in tal senso, testualmente, la sentenza in commento).

Né, ancora, l'obbligo della forma scritta appare imposto dalla impraticabilità, altrimenti, del rimedio ex art. 2932 c.c., in quanto “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 cod. civ. 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”.

Ricondotto l'istituto del patto di fiducia nello schema del mandato senza rappresentanza, le Sezioni Unite fanno poi un ulteriore passo avanti. Al fine di stabilire quale sia la disciplina formale applicabile ad un contratto atipico, il Collegio statuisce che si deve fare ricorso al metodo dell'analogia, onde accertare se il rapporto di somiglianza intercorra più con un contratto tipico a struttura debole (per il quale la legge non prescrive una forma *ad substantiam*), oppure con uno a struttura forte (nel quale il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie): atteso che il mandato senza rappresentanza, cui il *pactum fiduciae* è riconducibile, è un contratto a struttura debole, il patto di fiducia deve ritenersi contratto a forma libera, quand'anche esso preveda che il fiduciario debba trasferire al fiduciante un diritto reale immobiliare, essendo un atto a rilevanza meramente interna tra fiduciante e fiduciario. In tal senso, la già citata innovativa, ma minoritaria, Cass. 2 settembre 2013, n. 20051, per la quale, nell'ambito del mandato, deve dapprima operarsi una distinzione tra il rapporto “interno” di gestione intercorrente tra mandante e mandatario, e il rapporto “esterno” che sorge tra mandatario e terzo e che del primo costituisce attuazione, e successivamente – sulla scorta del fatto che dal mandato origina solo l'obbligo del mandatario di eseguire il mandato e non si genera alcun effetto reale immobiliare, vista

l'assenza di rapporti tra mandante e terzo (art. 1705, comma 2, c.c.) – potrà agevolmente desumersi come il mandato non possa di per sé essere soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, richiesta soltanto per gli atti ad oggetto immobiliare posti in essere dal mandatario, ossia per l'acquisto effettuato dal terzo e per quello successivo di ritrasferimento del diritto reale immobiliare al mandante; in tal senso anche Cass. 28 ottobre 2016, n. 21805:
«la forma scritta è richiesta a pena di nullità per gli atti relativi a diritti reali su beni immobili per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto; in tema di mandato all'acquisto, tale forma, in base agli artt. 1350, 1351, 1392 e 1706 c.c., è richiesta per la procura conferita dal mandante al mandatario, per il contratto preliminare o definitivo concluso dal mandatario a nome del mandante o proprio, e, in questo secondo caso, per il conseguente atto volto a ritrasferire il bene al mandante, la mancanza del quale può essere supplita dall'esecuzione forzata in forma specifica; la forma scritta non può considerarsi prescritta anche per il contratto di mandato in sé, perché da questo deriva soltanto, tra mandante e mandatario, l'obbligazione di eseguire il mandato, la cui mancata conforme esecuzione lo espone unicamente a responsabilità per danni».

Le Sezioni Unite fanno dunque proprio, in tema di mandato senza rappresentanza avente ad oggetto beni immobili, un orientamento “liberistico” in tema di forma sviluppatosi negli ultimi anni, ma ancora minoritario presso la giurisprudenza (sia di legittimità che di merito), la quale, precedentemente, aveva sempre affermato il principio secondo cui il mandato, con o senza rappresentanza, per concludere un negozio per il quale sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* (come il mandato ad acquistare o a vendere beni immobili), deve essere rilasciato per iscritto a pena di nullità (Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 1954, n. 3861; Cass. 19 novembre 1982, n. 6239; Cass. 17 giugno 1992, n. 6453; Cass. 24 gennaio 2003, n. 1137; Trib. Milano 19 marzo 2003; Trib. Trapani 23 maggio 2007).

Analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza, dunque, anche per la validità dal *pactum fiduciae* prevedente l'obbligo di ritrasferire al fiduciante il bene immobile intestato al fiduciario, per averlo questi acquistato da un terzo, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di atto meramente interno tra

fiduciante e fiduciario, il quale peraltro dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio: sicché, 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 eventualmente un problema di prova, non certo di validità del *pactum*; l'osservanza del requisito della forma scritta è invece imposta, in base all'art. 1350 c.c., per gli atti traslativi e, cioè, per il contratto, iniziale, di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ritrasferimento ad opera del medesimo.

L'efficacia attribuita dalle Sezioni Unite alla dichiarazione unilaterale del fiduciario.

Resta da esaminare, infine, il ruolo della dichiarazione unilaterale “postuma” del fiduciario, con cui lo stesso riconosca l'esistenza del *pactum fiduciae*, obbligandosi a (ri)trasferire il bene al fiduciante.

Partendo dai presupposti: 1) dell'equiparazione sostanziale tra negozio fiduciario e contratto preliminare; 2) della struttura necessariamente bilaterale del negozio fiduciario, comunque imposta dal pacifico riferimento, per quanto riguarda la disciplina ad esso applicabile, alle norme del mandato senza rappresentanza; si era sostenuto che, ove la dichiarazione del fiduciario (circa l'esistenza del patto) fosse stata inserita in un contratto (diverso dall'atto traslativo e concluso non contemporaneamente, ma successivamente ad esso) di cui fosse stato formalmente parte anche il fiduciante, ad essa avrebbe dovuto riconoscersi validità (ai fini del rispetto del requisito formale), secondo lo schema del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente ex art. 1333 c.c., nonché coercibilità ex art. 2932 c.c. (in maniera non differente, peraltro, da quanto accade nel caso di contratto preliminare unilaterale); qualora, invece, ci si fosse trovati in presenza di una dichiarazione unilaterale “secca” del fiduciario, la stessa avrebbe dovuto ritenersi inidonea allo scopo, “non valendo tale dichiarazione né quale elemento integrante il contratto né – quand’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.” (così, in motivazione, Cass., Sez. II, 9 maggio 2011 n. 10163). D'altra parte - approfondendo tale ultima evenienza - una simile dichiarazione avrebbe l'effetto di un riconoscimento unilaterale dell'altruità del diritto di proprietà, in contrasto con il granitico orientamento di legittimità che - salvo i casi espressamente previsti dalla legge - nega la possibilità di un atto ricognitivo ex art. 1988 c.c., avente natura confessoria ex art. 2720 c.c., in materia di diritti reali - cfr., ex multis, Cass., Sez. III, 18 giugno 2003 n. 9687 -: secondo il sistema del diritto privato, infatti, l'atto ricognitivo di diritti reali non può essere ricompreso tra i mezzi legali di acquisto della proprietà, configurandosi invece come semplice atto dichiarativo che, in quanto tale, presuppone che il diritto stesso effettivamente esista secondo un titolo, onde, in difetto di tale titolo, che ne attesti e provi, secondo le forme ed i mezzi previsti dall'ordinamento, l'esistenza, esso non può crearlo e nemmeno rappresentarlo se non a quest'ultimo effetto, attraverso l'esplicito richiamo e la menzione del titolo stesso: così Cass., Sez. II, 13 ottobre 2004 n. 20198.

Diversamente, aderendo alla tesi, fatta propria dalle Sezioni Unite, della libertà della forma del *pactum fiduciae*, la dichiarazione ricognitiva dell'interposizione reale e promissiva del ritrasferimento “non rappresenta il *vestmentum* per mezzo del quale dare vigore giuridico, con la forma richiesta dalla natura del bene, a quello che, altrimenti, sarebbe un nudo patto” in quanto, ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare anche se stipulato verbalmente, 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. Essa piuttosto, quale atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988

c.c., assolve ad una funzione di carattere probatorio e, in specie, di dispensare “colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale” (in quanto l'esistenza di quest'ultimo si presume fino a prova contraria), non anche quella di assurgere ad autonoma fonte dell'obbligo di ritrasferire derivante dal *pactum fiduciae*, come invece aveva erroneamente affermato la citata Cass. 15 maggio 2014, n. 10633; la dichiarazione del fiduciante, quindi, non è l'autonoma fonte dell'obbligazione del fiduciario, la quale è già stata da lui assunta al momento della stipula dell'accordo fiduciario, malgrado la stessa sia avvenuta solo in forma orale. Per dirla con le parole della Corte, “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”.

Conclusioni.

La Corte esclude che la forma scritta rappresenti un elemento richiesto *ad substantiam* per la validità del patto fiduciario, muovendo dalla considerazione per cui, al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere 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; e poiché 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, va da sé che la sovrapposizione di discipline tra quello ed il negozio fiduciario implica - inevitabilmente - anche un'opzione per la forma libera di quest'ultimo.

Trovano, dunque, un positivo apprezzamento, nei principi espressi dalle Sezioni Unite, quelle tesi dottrinarie che, esaminando il fenomeno nel suo complesso, da tempo avevano sottolineato come l'intesa fiduciaria non deve necessariamente risultare dal tenore dell'atto, in quanto il negozio fiduciario, in ultima analisi, si sostanzia in un'intesa segreta che non deve essere conosciuta, la cui esecuzione si fonda proprio sulla "fiducia" e non sulla coercizione. La tesi fatta propria dalle Sezioni Unite ha il pregio di venire incontro, pertanto, ad un'esigenza squisitamente pratica, in quanto fa salva l'intesa fiduciaria in tutte quelle ipotesi (e sono la stragrande maggioranza...) in cui quest'ultima, dovendo rimanere segreta e non conosciuta, non viene affidata ad un patto scritto proprio perché si fonda sulla fiducia e non sulla coercizione (fiduciante e fiduciario, infatti, sono spesso legati da vincoli di stretta parentela, coniugio, convivenza, profonda e duratura amicizia)

Siffatta conclusione, inoltre, consente di superare agevolmente anche le maggiori obiezioni sollevate, in passato, in ordine all'ammissibilità della pratica negoziale consistente nella dichiarazione unilaterale postuma del fiduciario, contenente - ad un tempo - la ricognizione dell'altruità del diritto e l'assunzione dell'obbligo di ritrasferimento all'effettivo titolare; ed infatti, nella vigenza dell'orientamento "tradizionale", il primo degli effetti di cui si è detto (il riconoscimento unilaterale, cioè, dell'altruità del diritto di proprietà) si sarebbe posto in contrasto con il granitico orientamento di legittimità che - salvo i casi espressamente previsti dalla legge - nega la possibilità di un atto ricognitivo ex art. 1988 c.c., avente natura confessoria ex art. 2720 c.c., in materia di diritti reali: l'art. 2720 c.c., inserito nel libro VI, sotto il titolo II, riguardante le prove, stabilisce, infatti, che l'atto di ricognizione, al pari dell'atto di rinnovazione, fa piena prova delle dichiarazioni contenute nel documento originale, se non si dimostra, producendo quest'ultimo, che vi sia stato errore nella ricognizione o nella rinnovazione; ma l'efficacia probatoria dell'atto ricognitivo, di evidente natura confessoria, è operativa come quella della confessione (art. 2730 c.c.), in ordine ai "fatti", produttivi di situazioni o rapporti giuridici, sfavorevoli al dichiarante, mentre non può dispiegarsi attraverso il semplice riconoscimento di situazioni o rapporti giuridici al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (così, la ricognizione di debito, contemplata dall'art. 1988 c.c. accanto alla promessa di pagamento - avente identici effetti - vale da sola a confermare

la preesistenza del rapporto obbligatorio fondamentale, il che comporta la *relevatio ab onere probandi* del destinatario della dichiarazione ricognitiva (o della promessa), il quale viene pertanto dispensato dall'onere di provare il fatto costitutivo, che si presume fino a prova contraria; del pari, la ricognizione prevista in materia di enfiteusi dall'art. 969 c.c. (corrispondente all'art. 1563 c.c. del 1865) serve a mettere a disposizione del concedente, nei riguardi dell'enfiteuta, un mezzo di prova circa l'esistenza del rapporto enfiteutico; è altresì previsto, dall'art. 1870 c.c., il rilascio di un documento ricognitivo da parte del debitore, a richiesta del soggetto attivo di un rapporto di rendita perpetua (o relativo ad ogni altra prestazione annua dall'estensione temporale superiore ai dieci anni) dopo il decorso di nove anni dalla data del precedente documento).

La conclusione alla quale sono giunte le Sezioni Unite consente di altresì evitare anche il contrasto con l'impossibilità, per una promessa unilaterale, di assurgere ad autonoma fonte dell'obbligo del fiduciario di trasferire al fiduciante un diritto reale, stante il principio di necessaria "tipicità" delle promesse unilaterali come consacrato nell'art. 1987 cod. civ.; secondo attenta dottrina, infatti, ove si riconoscesse l'idoneità di una promessa unilaterale a fungere da fonte di un'obbligazione al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, si starebbe in buona sostanza facendo giurisprudenza *contra legem*, in quanto un'operazione del genere equivarrebbe a "calpestare la chiara restrizione degli effetti obbligatori delle promesse unilaterali ricognitive all'inversione probatoria, o più in generale escogitare promesse atipiche costitutive di obblighi di prestazione fuori dei casi di legge".

Sono solo vantaggi? Diciamo pure, per concludere, che si è accolto, sia in tema di *pactum fiduciae* che di mandato senza rappresentanza, un orientamento coraggioso ma in precedenza fortemente minoritario; è pertanto probabile che l'intervento delle SS.UU. non sia effettivamente risolutore, come dimostrato dalle quattro pronunce che qui di seguito saranno riportate (le prime due successive all'Ordinanza di rimessione, le altre due successive addirittura alla Sentenza stessa).

Cass. civ., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093 (successiva all'Ordinanza di rimessione): dopo aver affermato che “il contratto fiduciario rientra nell'ambito della categoria dei negozi indiretti caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta bensì indiretta”, conclude secondo l'orientamento tradizionale affermando che “pertanto è nullo il *pactum fiduciae* stipulato ai fini dell'intestazione fiduciaria di quote sociali in assenza di forma scritta. **Esso è equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. impone la stessa forma del contratto definitivo.** Conseguentemente, il patto fiduciario richiede la forma scritta *ad substantiam* quando il trasferimento della quota societaria comporta, in esecuzione del patto, anche il trasferimento degli immobili, non potendo essere fornita prova scritta dello stesso”.

Cass. civ., Sez. II, Ordinanza 09/12/2019, n. 32108 (successiva all'Ordinanza di rimessione): “il *pactum fiduciae* **esige la forma scritta *ad substantiam* qualora comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile;** deve, pertanto, essere stipulato per iscritto anche il patto fiduciario comportante il trasferimento indiretto di un immobile attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene”.

Cass. civ., Sez. I, 19/05/2020, n. 9139 (successiva alla stessa Sentenza SS.UU. 6459/2020): “il *pactum fiduciae* che abbia ad oggetto il trasferimento di quote societarie non richiede la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, **perché tale patto deve essere equiparato al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c.** prescrive la stessa forma del contratto definitivo, e la cessione di quote è un negozio che non richiede alcuna forma particolare, neppure nel caso in cui la società sia proprietaria di beni immobili”.

Chiudiamo con Cass. civ., Sez. II, Ordinanza 20/07/2020, n. 15385 (anch'essa successiva alla stessa Sentenza SS.UU. 6459/2020): dopo aver affermato, in sintonia con le Sezioni Unite, che “l'accordo fiduciario, analogo al mandato senza rappresentanza, anche quando ha ad oggetto beni immobili, non necessita della forma scritta a fini della validità del patto”, finisce poi nel ricadere nel menzionato equivoco secondo cui la prescrizione di forma può essere “**soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto, con cui il**



fiduciario si impegni a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita del medesimo *pactum fiduciae*".

Le pronunce da ultimo dimostrate lasciano purtroppo presumere che l'intervento delle Sezioni Unite in tema di forma libera del *pactum fiduciae* immobiliare, benchè innovativo e ben argomentato, possa non essere, nella realtà dei fatti (ed in primo luogo delle aule giudiziarie), effettivamente risolutore.