



*Il "punto annuale" sulle ultime novità normative,
dottrinali e giurisprudenziali: dalla teoria alla
tecnica redazionale*

ANTONIO DIENER

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

Reggio Emilia, 3 ottobre 2020

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE SUL PACTUM FIDUCIAE

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 fiduciario, nell'interesse di un fiduciante, 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 da Sempronio, fratello di Tizio e cognato di Caia.

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

Molto tempo dopo (nel 2002) i fiduciari (Tizio e Caia) avevano unilateralmente sottoscritto, ciascuno di essi, 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 (ri)trasferirgli gli immobili di cui erano divenuti titolari a sua semplice richiesta

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE SUL PACTUM FIDUCIAE

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 gennaio 2008, **ritenne valide le due scritture come atti (unilaterali) ricognitivi 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 (bilaterale).

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE SUL PACTUM FIDUCIAE

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 (ri)trasferire degli immobili al fiduciante 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, di orientamento opposto rispetto alle conclusioni della Corte d'Appello.

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE SUL PACTUM FIDUCIAE

La seconda Sezione civile della Corte di Cassazione, con Ordinanza 5 agosto 2019 (n. 20934), dopo aver riconosciuto l'esistenza di un contrasto circa **la forma che deve rivestire il *pactum fiduciae* qualora esso abbia oggetto immobiliare**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione della relativa questione alle Sezioni Unite.

La rimessione alle Sezioni Unite è stata motivata in quanto, secondo la Sezione, 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**, se ne contrappone uno diverso il quale, al contrario, ponendo l'accento sullo scopo cui tende il fenomeno in questione (diverso e più ampio rispetto al contratto preliminare), e sul principio di libertà della forma, **ritiene valido ed efficace un *pactum fiduciae* concluso solo oralmente, anche qualora esso riguardi diritti immobiliari.**

NOZIONE DI NEGOZIO FIDUCIARIO

Con il negozio fiduciario (contratto atipico o innominato) **il fiduciante trasferisce al fiduciario** (ovvero fa a quest'ultimo trasferire da un terzo, pagandone il prezzo o mettendo a disposizione il relativo prezzo) **un bene o un diritto** (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 ad effetti reali, tuttavia, se ne aggiunge uno ulteriore ad effetti meramente obbligatori** – non autonomo ma comunque separato rispetto all'atto traslativo, e connotato dalla segretezza - **con il quale vengono imposti al fiduciario determinati obblighi di gestione circa il bene e/o il diritto 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 ritrasferirlo, a richiesta del fiduciante o quando il rapporto fiduciario, per qualunque causa, cessi, allo stesso fiduciante o a un terzo da quest'ultimo indicato. **Questo negozio ulteriore ad effetti obbligatori avrebbe poi, secondo alcuni, natura assimilabile al mandato senza rappresentanza, secondo altri natura assimilabile al contratto preliminare**

LA NATURA GIURIDICA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO

--- **teoria negatrice** (la fiducia come mero **motivo**, come inammissibile **astrazione** parziale della causa di un negozio tipico, come inammissibile **contrasto con il numero chiuso dei diritti reali**, ecc...);

--- **teoria unitaria** (unico contratto atipico caratterizzato dalla *causa fiduciae*, ammissibile in base al principio dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 – salvo illiceità o frode alla legge: numero chiuso dei diritti reali non vuol dire anche numero chiuso dei contratti ad effetti reali);

--- **teoria del negozio indiretto** (ossia del negozio con cui le parti perseguono risultati diversi da quelli tecnicamente propri del negozio - tipico - impiegato, e corrispondenti a quelli di un negozio - atipico - diverso);

--- **teoria** (prevalente in giurisprudenza) **del fenomeno fiduciario come ipotesi di collegamento negoziale tra un negozio ad effetti reali** (valevole *erga omnes* ed opponibile ai terzi) **ed un negozio ad effetti obbligatori** (valevole solo *inter partes*)

LE CLASSIFICAZIONI TRADIZIONALI DELLA FIDUCIA

--- **fiducia *cum amico*** (nell'interesse del fiduciante) e **fiducia *cum creditore*** (nell'interesse del fiduciario/creditore: problemi con il divieto del patto commissorio);

--- **fiducia romanistica** (nella quale il fiduciario è un vero e proprio proprietario) e **fiducia germanistica** (nella quale si ha solo una separazione tra proprietà – che rimane al fiduciante – e legittimazione al suo esercizio – che passa al fiduciario: es. società fiduciarie);

--- **fiducia dinamica** (nella quale è presente un trasferimento di diritti strumentale alla creazione della posizione fiduciaria) e **fiducia statica** (nella quale tale trasferimento, invece, manca, in quanto il diritto appartiene già al fiduciario)

LA FORMA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE: LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA

--- **Alcuni** (Carraro, Minervini), partendo dal presupposto dell'assimilabilità del patto fiduciario al mandato senza rappresentanza, **ritengono che il *pactum de contrahendo*, ricompreso nel mandato senza rappresentanza, debba rivestire la stessa forma richiesta dall'oggetto del negozio da concludere (art. 1351 c.c.)**

--- **Altri**, invece (Giorgianni, Irti, Nicolò), al contrario, **escludono la necessaria identità formale fra negozio fiduciario e negozio di (ri)trasferimento**, in quanto (in mancanza di espressa previsione, ed in omaggio al principio di libertà delle forme), il requisito della forma solenne è richiesto solo per l'atto traslativo.

LA FORMA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE: LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA PREVALENTE

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); 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.

LA FORMA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA PREVALENTE: CONSEGUENZE

--- il patto fiduciario avente ad oggetto immobili 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.);

--- non è suscettibile di esecuzione in forma specifica, ex art. 2932 c.c., il *pactum fiduciae* che non rivesta *ab origine* tutti i requisiti di forma previsti dalla legge (e quindi la forma scritta qualora esso coinvolga immobili);

--- 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**

LA FORMA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA PREVALENTE: CONSEGUENZE

Cass., Sez. II, 1 aprile 2003 n. 4886: “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, si deve far applicazione del noto principio giurisprudenziale, secondo cui, quando ... la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata lo produca in giudizio**, invocandone a proprio favore gli effetti e così dando la propria adesione, se l'altra parte non abbia frattanto revocato il proprio consenso prima manifestato, **il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente**”: ai fini del rispetto della forma scritta *ad substantiam*, la produzione in giudizio del contratto è quindi equivalente alla sottoscrizione dello stesso da parte di chi produce la scrittura, originariamente sottoscritta solo dalla controparte (**conformi: Cass., Sez. III, 5 agosto 2005 n. 16490; Cass., Sez. III, 8 marzo 2006 n. 4921**)

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA

Cass., Sez. III, 30 gennaio 1985 n. 560: partendo dal carattere eccezionale dell'art. 1351 cod. civ. e dalla sua inapplicabilità analogica ex art. 14 disp. prel. c.c., se ne deduce che **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”**, il quale - per altro verso - può essere provato facendo ricorso a presunzioni semplici, stante l'inoperatività delle preclusioni di cui all'art. 2721 ss. c.c.

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA

Cass., Sez. II, 27 agosto 2012 n. 14654: 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”**

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA

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 esplicito 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)

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA

Cass., Sez. III, 15 maggio 2014 n. 10633: la dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri le proprietà di uno o più beni immobili compiutamente individuati 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; in tema di negozio fiduciario una dichiarazione scritta contenente un impegno che nasce come unilaterale e che come atto unilaterale ha una propria autonoma dignità, è atto a costituire fonte di obbligazioni, in quanto è volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente. Tale atto è quindi idoneo a consentire al giudice di disporre coattivamente il trasferimento del bene fiduciariamente intestato ai sensi dell'art. 2932 c.c.

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA

Cass., Sez. III, 15 maggio 2014 n. 10633: qualora l'obbligazione assunta dal soggetto nell'atto unilaterale abbia ad oggetto il trasferimento di un diritto reale immobiliare, il creditore della prestazione, in difetto dello spontaneo adempimento dell'obbligato, potrà ottenere dal giudice l'emissione di una sentenza che tenga luogo dell'atto traslativo non compiuto qualora la dichiarazione unilaterale sia stata redatta per iscritto e sottoscritta e qualora essa contenga una analitica descrizione degli immobili da trasferire. L'art. 2932 c.c., infatti, può essere utilizzato non soltanto in presenza di un contratto preliminare cui non abbia fatto seguito il contratto definitivo, ma anche in presenza di un impegno unilaterale che abbia i requisiti essenziali per consentire il trasferimento della proprietà, ovvero contenga un impegno attuale del promittente a cui lo stesso non abbia dato volontariamente corso, benché il termine sia scaduto o, in mancanza di termine, benché a ciò sia stato inutilmente sollecitato dalla controparte, e l'indicazione precisa degli immobili oggetto dell'impegno di ritrasferimento, nonché la forma scritta prescritta dalla legge *ad substantiam* per il trasferimento della proprietà dei beni immobili.

LA FORMA LIBERA DEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE SECONDO LA GIURISPRUDENZA MINORITARIA: CONSEGUENZE

- **non ci sono limiti alla prova testimoniale o per presunzioni del *pactum fiduciae*** (non trovando applicazione né l'art. 2725 c.c., né l'art. 2722 c.c., né in genere l'intero sistema di limitazioni approntato dal codice civile quando si tratta di dimostrare l'esistenza di negozi per i quali è richiesta *ad substantiam* la forma scritta), in quanto si è in presenza di un negozio gestorio a forma libera;
- **ha piena rilevanza di una dichiarazione unilaterale postuma del solo fiduciario circa l'esistenza del patto e l'assunzione dell'obbligo di (ri)trasferimento del bene al fiduciante;**
- **l'obbligo di ritrasferimento assunto dal fiduciario nei confronti del fiduciante mediante la propria dichiarazione unilaterale è coercibile ex art. 2932 c.c.**, in applicazione del principio giurisprudenziale (Cass., Sez. II, 30 marzo 2012 n. 5160), per cui il rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ. è applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi 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

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE (CASS. 6 MARZO 2020 N. 6459)

Le Sezioni Unite, in via innovativa, con la **Sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020** hanno abbandonato la tesi tradizionale della forma vincolata ed **hanno accolto la più recente tesi della libertà della forma**, anche qualora il negozio fiduciario abbia ad oggetto trasferimenti immobiliari.

La tesi della libertà della forma viene giustificata assimilando il *pactum fiduciae* al mandato senza rappresentanza, e non al contratto preliminare (come sostenuto dalla giurisprudenza del tutto prevalente): **mandato e fiducia vengono entrambi visti come espressioni dell'unico fenomeno dell'interposizione reale di persona**: la qualifica può cambiare, ma le norme applicabili sono le stesse.

Il principio di diritto vale solo nel caso di negozio fiduciario senza 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

IL MANDATO AD ACQUISTARE BENI IMMOBILI PER CASS. 20051 DEL 2013

--- 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**

IL MANDATO AD ACQUISTARE BENI IMMOBILI PER CASS. 20051 DEL 2013

--- 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).

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE (CASS. 6 MARZO 2020 N. 6459)

L'assimilazione tra negozio fiduciario e contratto preliminare (con conseguente applicabilità dell'art. 1351) non è affatto scontata: a) infatti nel preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede, mentre nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, il quale non ha la funzione di preparare l'effetto reale (già prodottosi), ma di conformarlo coerentemente agli interessi delle parti; 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"

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE (CASS. 6 MARZO 2020 N. 6459)

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

L'obbligo della forma scritta non è imposto neanche dall'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”

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE (CASS. 6 MARZO 2020 N. 6459)

Al fine di stabilire quale sia la disciplina formale applicabile ad un contratto atipico, le Sezioni Unite stabiliscono 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 un contratto tipico a struttura forte (nel quale il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie): poiché 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 anche ove preveda che il fiduciario debba trasferire al fiduciante un diritto reale immobiliare, in quanto tale patto ha una rilevanza meramente interna tra fiduciante e fiduciario; l'accordo concluso verbalmente obbliga il fiduciario a procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto da trasferire ha 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*

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE (CASS. 6 MARZO 2020 N. 6459)

Aderendo alla tesi della libertà di forma del *pactum fiduciae*, la **dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, con la quale quest'ultimo riconosce il suo ruolo di mero interposto e promette il (ri)trasferimento al fiduciante "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, partendo dalla validità del patto fiduciario immobiliare anche se stipulato verbalmente, in capo al fiduciario dichiarante pende già una valida obbligazione di ritrasferimento, che costituisce titolo per l'esecuzione ex art. 2932 c.c. anche se non consacrata per iscritto.

Tale dichiarazione, invece, quale atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., assolve ad una funzione di carattere meramente 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), e non quella di costituire autonoma fonte dell'obbligo di ritrasferire derivante dal *pactum fiduciae*

I VANTAGGI DELLA SOLUZIONE ADOTTATA DALLE SS.UU.

--- **risponde ad un'esigenza squisitamente pratica**, in quanto fa salva l'intesa fiduciaria in tutte quelle ipotesi (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);

--- **consente anche di superare le obiezioni alla prassi della "dichiarazione unilaterale postuma del fiduciario"**, che si poneva in contrasto con il consolidato principio dell'inapplicabilità dell'atto ricognitivo ex art. 1988 c.c. ai diritti reali (specie immobiliari), oltre che con l'art. 2725 c.c.;

--- **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, visto il principio di necessaria "tipicità" delle promesse unilaterali come consacrato nell'art. 1987 c.c.**

GLI SVANTAGGI DELLA SOLUZIONE ADOTTATA DALLE SS.UU.

Si è accolto un orientamento in precedenza fortemente minoritario, sia in tema di *pactum fiduciae* che di mandato senza rappresentanza: è pertanto probabile che l'intervento delle SS.UU. non sia effettivamente risolutore, come dimostrato da **Cass. Civ., Sez. I, 17 settembre 2019 n. 23093** (successiva all'Ordinanza di rimessione); **da Cass. civ., Sez. II, Ordinanza 9 dicembre 2019 n. 32108** (anch'essa successiva all'Ordinanza di rimessione); **da Cass. Civ., Sez. I, 19 maggio 2020 n. 9139** (successiva alla stessa Sentenza SS.UU. 6459/2020); **da Cass. civ., Sez. II, Ordinanza 20 luglio 2020 n. 15385** (anch'essa successiva alla stessa Sentenza SS.UU. 6459/2020)

Cass. civ., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093

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. 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

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

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. 1351c.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.

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

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, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla **dichiarazione unilaterale redatta per iscritto, con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita del medesimo "*pactum fiduciae*".**

GRAZIE

e

ARRIVEDERCI