

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Forma

**NEGOZIO FIDUCIARIO - LA FORMA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO AVENTE AD OGGETTO BENI IMMOBILI**Massimo Palazzo<sup>(\*)</sup>

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 06/03/2020, n. 6459

**FONTE**

Giur. It., 2020, 12, 2622

Sommario: I fatti che hanno dato origine alla controversia - Svolgimento della vicenda processuale - Le argomentazioni proposte dalla decisione delle Sezioni unite - Osservazioni conclusive

Le Sezioni unite affrontano e risolvono due delicate questioni: la forma del *pactum fiduciae* relativo a beni immobili e la natura della dichiarazione unilaterale confermativa della intestazione fiduciaria. Il patto fiduciario, in linea con la sua natura pratica di operazione normalmente riservata, è ritenuto valido, anche se concluso verbalmente. La successiva ed eventuale scrittura privata unilaterale ricognitiva rileva, ai sensi dell'art. 1988 c.c., solamente ai fini della prova, ponendo l'onere di dimostrare l'inesistenza del rapporto sottostante al fiduciario-dichiarante. La decisione appare fondata non sulla validità quale conformità rispetto a paradigmi formali, ma quale conclusione di una argomentazione giuridica che tiene conto dei fatti, cioè del modo di svolgimento di una prassi storicamente definita.

**I fatti che hanno dato origine alla controversia**

Tizio conviene in giudizio il fratello Caio e la moglie Caia, coniugi in comunione legale dei beni, e Sempronia, vedova di un terzo fratello, deducendo che nel 1984, i convenuti avevano acquistato un bene immobile da un terzo in comune di Sant'Antimo, con danaro fornito da Tizio.

Tizio produce due scritture private, del medesimo tenore letterale, datate 28 marzo 2002; la prima a firma di Caio e Caia, la seconda sottoscritta da Sempronia, nelle quali gli scriventi confermavano che Tizio era il vero proprietario e si obbligavano a trasferire il bene, a semplice richiesta di Tizio al medesimo o a persona da lui indicata.

L'obbligo di trasferimento non viene adempiuto e Tizio chiede al Tribunale di Napoli una sentenza ai sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere una sentenza che produca gli effetti del trasferimento coattivo del bene a suo favore.

**Svolgimento della vicenda processuale**

Nel corso del giudizio di primo grado la controversia viene composta tra Tizio da un lato e Caio e Caia dall'altro, attraverso il trasferimento del bene loro intestato, senza corrispettivo, in capo a Tizio e contestuale riconoscimento a Caio e Caia di una somma di danaro per spese e miglioramenti da essi sostenuti ed eseguiti.

Quanto al rapporto tra Tizio e Sempronia, la domanda viene accolta dal Tribunale partenopeo che, dichiarata l'interposizione reale di Sempronia, dispose nel 2008 il trasferimento del bene immobile intestato a quest'ultima in favore dell'attore.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 2014 conferma la decisione di primo grado, rigettando il gravame di Sempronia. La Corte territoriale ha infatti ritenuto nullo per difetto di forma l'accordo fiduciario originario, ma ha ritenuto valido il successivo documento unilaterale sottoscritto da Sempronia nel 2002, del seguente tenore " Io sottoscritta Sempronia, ...riconosco che mio cognato Tizio è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in Sant'Antimo, via..., nel suo attuale stato intestato a mio cognato Caio ed a me medesima, giusta atto del Notaio ... del ... 1984, ma acquistato e poi completato dallo stesso Tizio. Riconosco che mio cognato Tizio mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. Mi impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata".

In definitiva, secondo la Corte di appello l'operazione economica configura effettivamente un negozio fiduciario.

Per la cassazione della decisione della Corte di appello propone ricorso Sempronia e resiste con controricorso Tizio.

La seconda sezione civile della S.C., investita della controversia, con ordinanza interlocutoria del 5 agosto 2019, n. 20934<sup>(1)</sup>, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle

Sezioni unite al fine di risolvere il contrasto di giurisprudenza sulla questione della forma dell'obbligazione di trasferimento assunta dal fiduciario.

Con l'ordinanza n. 20934 del 2019, dunque, la Seconda sezione civile auspica che le Sezioni unite della S.C. siano chiamate a pronunciarsi sulla forma del negozio fiduciario relativo a diritti reali immobiliari, al fine di verificare se il patto fiduciario concernente detti diritti possa risultare da una dichiarazione unilaterale del fiduciario e, in quest'ultima ipotesi, in presenza di quali requisiti questa dichiarazione possa integrare gli estremi dell'atto scritto allorché il fiduciante intenda avvalersene (anche in giudizio).

La Seconda Sezione civile ha premesso che il negozio fiduciario è lo strumento contrattuale attraverso il quale la proprietà di un bene viene trasferita da un soggetto a un altro con l'intesa (*pactum fiduciae*) che il secondo, dopo essersene servito per un dato scopo, lo ritrasferisca al fiduciante; oppure un determinato bene viene acquistato (interposizione reale) dal fiduciario con denaro fornito dal fiduciante, al quale, secondo l'accordo il bene dovrà essere, in un tempo successivo, trasferito.

Poiché l'ordinamento prescrive la forma solenne scritta per i negozi che incidono sui diritti immobiliari, in via diretta e indiretta – alla disposizione di base di cui all'art. 1350 c.c. fa da *pendant* la disciplina del contratto preliminare (art. 1351 c.c.) della procura (art. 1392 c.c.), del contratto in favore di persona da nominare (art. 1403 c.c.) – si è sostenuto che il negozio fiduciario, ove involga diritti reali immobiliari, debba rivestire, a pena di nullità, la forma scritta.

Alla tesi tradizionale, che intravede una causa fiduciaria in senso proprio<sup>(2)</sup>, si è opposto che negli ordinamenti che negano dignità alla causa in senso astratto, una tale giustificazione non può che ridursi a mero motivo negoziale, mentre si dovrebbe più propriamente parlare di un collegamento negoziale, attraverso il quale la causa tipica dei negozi posti in essere viene indirizzata allo scopo fiduciario perseguito (la causa concreta) e il fenomeno viene designato come un collegamento negoziale<sup>(3)</sup>, o, se si preferisce, un programma negoziale, attraverso il quale le parti mirano a raggiungere la *causa fiduciae*; sicché l'interno vincolo obbligatorio (con il quale il fiduciario si obbliga, nel rispetto della fiducia, al compimento del negozio che ne costituisce adempimento), non autonomamente isolabile, interagisce con l'effetto reale esterno.

Parte della giurisprudenza di legittimità, pur avendo da tempo mostrato di preferire il secondo indirizzo ricostruttivo, resta ferma nel pretendere che il negozio, o patto, fiduciario, che concerna diritti reali immobiliari debba essere redatto per iscritto a pena di nullità<sup>(4)</sup>.

Per contro, altro orientamento<sup>(5)</sup>, dopo aver richiamato l'aspetto teleologico del fenomeno, vero e proprio programma fiduciario, per realizzare il quale le parti pongono in essere una pluralità di negozi e qualificato il trasferimento al fiduciante come "segmento negoziale" finale, ha ritenuto che possa sussistere un "*pactum fiduciae* concluso oralmente".

Da qui le ulteriori conseguenze:

a) la dichiarazione con la quale il fiduciario si impegna unilateralmente al trasferimento realizza la conservazione del preesistente rapporto (la *causa fiduciae*), fenomeno assimilato alla promessa di pagamento e alla ricognizione del debito;

b) essa "può costituire autonoma fonte dell'obbligazione ivi descritta per il soggetto che la sottoscrive, qualora essa contenga la chiara enunciazione dell'impegno attuale del soggetto ad effettuare una determinata prestazione in favore di altro soggetto, ai sensi dell'art. 1174 c.c.";

c) sulla base di essa, costituente impegno unilaterale, può essere chiesto emettersi sentenza che faccia luogo del consenso mancante, ai sensi dell'art. 2932 c.c., dovendosi reputare la norma predetta applicabile in tutti i casi in cui si sia in presenza di un obbligo a stipulare, anche al di fuori dell'ipotesi del contratto preliminare.

Questo secondo orientamento, tuttavia, non è rimasto immune da pregnanti critiche:

a) proprio in ragione del fatto che la dichiarazione con la quale la parte riconosce la sussistenza dell'obbligazione avrebbe natura ricognitiva o conservativa, che dir si voglia, la fonte (che non può risolversi tautologicamente nel mero richiamo all'art. 1174 c.c.) deve rinvenirsi nello scopo fiduciario, alla cui attuazione è diretta la dichiarazione in parola; stando così le cose, spostata l'attenzione in avanti, il problema resterebbe comunque irrisolto, poiché il patto fiduciario, ove incida su diritti reali immobiliari, non si vede come possa sfuggire alla forma scritta;

b) dovendosi, comunque, verificare – a parte le specificità delle singole fattispecie – se, anche ad ammettere che il rispetto della forma del patto fiduciario coinvolgente diritti reali immobiliari (disattesa la soluzione estrema, innanzi esposta, che ne predica ammissibile l'oralità) possa essere soddisfatto dalla dichiarazione unilaterale del fiduciario, una tale dichiarazione possa avere, o meno, natura ricognitiva retrospettiva e, addirittura, ridursi alla confessione di un diritto reale altrui che, come noto, è priva di effetto in materia di diritti reali immobiliari<sup>(6)</sup> oppure debba apparire, e nitidamente, attraverso il compiuto esame della singolo caso (nel quale anche il dato temporale può assumere un significato non secondario), il precipitato della causa fiduciaria concreta.

Viene, così, richiesto alle Sezioni unite un intervento nomofilattico, che, nel rispetto della *causa fiduciae*, persegua la tutela degli interessi sottesi alla scelta legislativa di assicurare alla forma scritta la circolazione dei diritti reali immobiliari.

Il Primo Presidente dispone l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite. Nell'udienza di discussione il P. G. chiede che, a composizione del contrasto di giurisprudenza, sia enunciato il principio di diritto nel senso che la dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri diritti di proprietà su immobili esattamente individuati in esecuzione di un patto fiduciario non scritto costituisce legittima ed autonoma fonte di obbligazioni suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Le Sezioni unite con la decisione in esame fissano i due principi di diritto riportati in epigrafe.

### **Le argomentazioni proposte dalla decisione delle Sezioni unite**

Le Sezioni unite avviano il percorso argomentativo della decisione, con un apprezzabile superamento del prisma escludente della fattispecie<sup>(7)</sup>, segnalando che il negozio fiduciario si presenta, non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni<sup>(8)</sup> diverse per struttura, per funzione, per pratici effetti.

In primo luogo, perché l'investitura formale del fiduciario può realizzarsi attraverso distinti moduli, sia con un trasferimento dal fiduciante al fiduciario, sia, come nel caso in oggetto, mediante acquisto compiuto in nome proprio dal fiduciario, con danaro fornito dal fiduciante.

In secondo luogo, perché l'effetto traslativo non è essenziale per la configurabilità dell'accordo fiduciario. La c.d. fiducia statica, ammessa sia dalla giurisprudenza<sup>(9)</sup>, sia dalla dottrina<sup>(10)</sup>, si ha quando l'assunzione dell'obbligazione fiduciaria da parte del fiduciante non sia preceduta da un preventivo trasferimento in suo favore. La relazione fiduciaria ben può avere ad oggetto beni che il fiduciario aveva in proprietà fin dall'origine e che egli promette di tenere a disposizione del fiduciante (o di persona da esso indicata), gestendoli secondo la volontà e l'interesse del beneficiario, cui il bene, se del caso, verrà trasferito alla fine dell'operazione.

In terzo luogo, perché il negozio fiduciario risponde ad una molteplicità di funzioni e di intenti pratici, essendo diversi gli interessi che possono sorreggere l'operazione, nel caso della *fiducia cum amico* e in quella *cum creditore* (nei limiti in cui essa è consentita dal divieto del patto commissorio, previsto dall'art. 2744 c.c.).

Le Sezioni unite proseguono nella linea argomentativa, richiamando la natura giuridica del negozio fiduciario, come ricostruita dalle varie interpretazioni che si sono susseguite nel tempo. Viene quindi richiamata la teoria di Grassetti della *causa fiduciae*; quella del collegamento negoziale sostenuta da Francesco Ferrara; infine quella del negozio indiretto avanzata da Tullio Ascarelli<sup>(11)</sup> nei primi anni Trenta del Novecento. Viene altresì passata in breve rassegna la giurisprudenza che ha, di volta in volta, inquadrato il contratto fiduciario, come negozio indiretto<sup>(12)</sup>; come frutto di un collegamento negoziale<sup>(13)</sup> tra due contratti (uno di carattere esterno, efficace verso i terzi; l'altro di carattere interno, avente natura obbligatoria e volto a modificare il risultato finale del primo); come operazione unitaria, connotata da un'unica causa, volta alla realizzazione del programma fiduciario<sup>(14)</sup>.

Il fondamento teorico e l'inquadramento funzionale del negozio fiduciario restano peraltro solo accennati dall'estensore sullo sfondo della decisione, poiché la questione sollevata dalla seconda sezione concerne la "forma dell'impegno" con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni verso il fiduciante, in forza del *pactum fiduciae*, a ritrasferire l'immobile. La questione viene quindi esaminata dalle Sezioni unite "nei limiti della sua rilevanza", cioè "riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta", la quale si caratterizza come fiducia statica, in quanto il fiduciario è divenuto titolare del diritto per averlo acquistato in nome proprio da un terzo con mezzi finanziari forniti dal fiduciante.

Il quinto paragrafo della motivazione della sentenza delle Sezioni unite è quindi dedicato interamente ad esaminare i due indirizzi giurisprudenziali emersi sulla questione della forma del patto che contiene l'obbligazione fiduciaria di trasferimento dal fiduciario al fiduciante.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza<sup>(15)</sup> è nel senso che l'obbligo fiduciario, avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili debba rivestire la forma scritta, *ad substantiam*, assimilando l'obbligo in oggetto a quello che scaturisce da un contratto preliminare, con la conseguente applicabilità dell'art. 1351 c.c. In questa prospettiva, la valida fonte dell'obbligazione può essere solo un atto negoziale bilaterale e dispositivo. Talvolta la giurisprudenza, nel ribadire la necessità dell'atto bilaterale scritto, ne mitiga le conseguenze pratiche, applicando il principio secondo cui la produzione in giudizio di una scrittura, contro la parte dalla quale proviene, equivale a perfezionamento dell'accordo bilaterale<sup>(16)</sup>.

Un indirizzo minoritario, recentemente inaugurato<sup>(17)</sup>, ritiene che l'accordo fiduciario non richieda indefettibilmente la forma scritta ai fini della sua validità, ben potendo la prescrizione di forma venire soddisfatta dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto e sottoscritta con cui il fiduciario si obbliga a trasferire determinati beni immobili al fiduciante, in attuazione esplicita (con *expressio causae*) del patto

fiduciario. Del resto, l'informalità del patto fiduciario era stata ammessa dalla Suprema Corte anche in altre occasioni, talora argomentando dalla diversa natura dei due negozi collegati<sup>(18)</sup>; talvolta dalla assenza di una espressa previsione di forma, trattandosi di fattispecie non disciplinata dalla legge<sup>(19)</sup>.

Il fulcro della motivazione della decisione in esame risiede tuttavia, nel rifiuto della tesi che assimila il patto fiduciario con oggetto immobiliare al contratto preliminare. Le Sezioni unite individuano, viceversa, nella *proprietà del fiduciario* una situazione analoga e assimilabile a quella del mandatario senza rappresentanza, caratterizzata dalla scissione tra titolarità e interesse. È sufficiente infatti rammentare l'elenco delle ricostruzioni, sopra richiamate, sulla figura del negozio fiduciario per constatare che il cuore delle difficoltà interpretative ruota intorno alla struttura della proprietà del fiduciario, limitata dall'obbligo di operare la gestione nell'interesse del beneficiario<sup>(20)</sup>.

I problemi di inquadramento non vengono a ben vedere dai trasferimenti. Il trasferimento iniziale è una mera eventualità ed è strumentale alla configurazione della gestione nell'interesse del fiduciante. Il trasferimento che dovrà avvenire dopo l'esaurimento della gestione fiduciaria è anche esso eventuale e comunque è solo lo strumento per evitare un ingiustificato arricchimento del fiduciario.

Il fiduciario è titolare di un diritto, ed ha anche un potere di ingerenza e di esercizio corrispondente. Ma l'esercizio del diritto è svolto nell'interesse di altri (fiduciante). Il rapporto è dunque caratterizzato da questa dissociazione tra titolarità e interesse. In ciò sta la particolarità del rapporto fiduciario. Il tema merita quindi di essere approfondito proprio dal punto di vista della speciale proprietà del fiduciario<sup>(21)</sup>.

In questo senso sono da richiamare le indicazioni della giurisprudenza<sup>(22)</sup> e della riflessione scientifica<sup>(23)</sup>, volte a sottolineare le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il *pactum fiduciae* ad assimilare, viceversa, la proprietà del fiduciario a quella del mandatario senza rappresentanza, che acquista la proprietà, salvo l'obbligo di ritrasferimento al mandante (art. 1706 cc).

La proprietà del mandatario è infatti priva di un vero contenuto economico. Evoca l'idea di pura legittimazione. Nel mandato, come nel negozio fiduciario, la proprietà è eretta per l'interesse di un non proprietario, come del resto è normale da sempre per ciò che concerne i poteri gestori di un amministratore di una società di capitali, e solo apparentemente meno usuale, invece, per la proprietà immobiliare.

Quale che sia la ricostruzione funzionale del negozio fiduciario, bisogna infatti prendere atto che le tradizionali visioni statiche, strutturalmente neutre della proprietà, non riescono ormai più ad oscurare o a relegare nella irrilevanza la specifica ragione o funzione collegata ad essa, ove si rifletta che i poteri del proprietario, nella varietà dei contesti, sono sempre e comunque strumentali a determinati interessi, i quali pertanto tendono a contrassegnare e funzionalizzare in diversa misura, in relazione alle specifiche situazioni, il loro esercizio<sup>(24)</sup>, fino ad assorbirne le ragioni della loro sussistenza ed attribuzione. Il rapporto fiduciario comporta una "conformazione della situazione proprietaria", limitando sia pure con efficacia meramente interna, le facoltà di godimento e disposizione del titolare.

In definitiva, la proprietà fiduciaria è una "proprietà modificata" o "derogata", che pur rientrando nel paradigma di cui all'art. 832 c.c. si differenzia non poco dalla proprietà tradizionale, concepita come diritto "pieno ed esclusivo".

La riconduzione del negozio fiduciario allo schema del mandato senza rappresentanza, seguendo la condivisibile impostazione delle Sezioni unite, orienta anche la soluzione del problema della forma dell'obbligazione fiduciaria con oggetto immobiliare, senza cedere a frettolose conclusioni verso la forma scritta, sulla base di un preteso principio di simmetria con gli atti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili<sup>(25)</sup>.

La decisione in esame muove dalla lettura dell'art. 1325 c.c. proposta da Natalino Irti, secondo il quale tale disposizione descrive la struttura non "di un contratto" ma "del" contratto<sup>(26)</sup>: "È un 'frammento di norma', destinato a combinarsi con le norme che disciplinano i singoli contratti: solo non può stare, poiché non soddisfa il contenuto minimo di una norma (fattispecie + effetti giuridici)". Seguendo tale impostazione, per stabilire se un contratto atipico sia 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" o con un contratto tipico a struttura "forte". Nel primo caso il contratto è strutturato dal legislatore nei tre elementi dell'accordo, causa ed oggetto, senza alcun requisito di forma. Nel secondo caso il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie.

Così impostato il ragionamento, è agevole per le Sezioni unite concludere che il mandato senza rappresentanza è un contratto a struttura debole, come recentemente ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza della Corte<sup>(27)</sup>, la quale ha notato che il rapporto mandante/mandatario è un rapporto interno; le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dei rapporti ricorrono solo per i rapporti esterni, traslativi di diritti immobiliari; i requisiti di forma scritta concernono quindi solo l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo ed il successivo atto di ritrasferimento; l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica e, per quel che qui interessa, neppure di interpretazione estensiva, attesa la autonomia e netta distinzione tra mandato e contratto preliminare.

Si potrebbe aggiungere, concludendo il ragionamento, che la forma scritta è necessaria per il solo negozio traslativo iniziale ed il successivo atto di ri-trasferimento e non anche per la creazione del rapporto fiduciario, il quale ha per oggetto le "modalità di esercizio" dei poteri del fiduciario e non già l'acquisto di poteri proprietari<sup>(28)</sup>. Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi un problema di prova, non di validità del *pactum*.

Fissato il principio secondo cui non è richiesta la forma scritta per la validità del patto fiduciario avente ad oggetto l'obbligazione del fiduciario di ritrasferire al fiduciante l'immobile dal primo acquistato da un terzo in nome proprio, le Sezioni unite si pongono il problema di stabilire la rilevanza della posteriore dichiarazione scritta con cui il fiduciario interposto riconosce l'intestazione come fiduciaria e si obbliga ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento finale.

Le Sezioni unite qualificano tale dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento, come atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la cui funzione è quella di dispensare "colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale" la cui esistenza, aggiunge l'enunciato legislativo "si presume fino a prova contraria".

Le Sezioni unite, in altre parole, ritengono che la dichiarazione ricognitiva dell'interposizione reale non rappresenti il *vestmentum* per mezzo del quale dare valore giuridico, con la forma richiesta dalla natura immobiliare del bene ad un accordo altrimenti nullo. Infatti, una volta ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare, anche se stipulato verbalmente, il fiduciario è già soggetto passivo dell'obbligazione di ri-trasferimento. È tale patto verbale il titolo del rapporto fondamentale, che giustifica l'accoglimento di un'eventuale domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di trasferimento rimasta inadempita<sup>(29)</sup>.

Implicitamente dunque le Sezioni unite confermano l'orientamento tradizionale della dottrina<sup>(30)</sup> e della giurisprudenza<sup>(31)</sup> che le promesse unilaterali siano ammissibili solo nei casi espressamente previsti dalla legge: *ex nuda pollicitatio nulla actio nascitur*. Tuttavia, il fiduciante deluso, a fronte di un patto fiduciario stipulato verbalmente potrebbe aver difficoltà sul piano probatorio a dimostrare in giudizio l'intervenuta stipulazione dell'accordo e quindi poter ottenere la sentenza costitutiva nei confronti del fiduciario infedele. Si spiega in tale logica il significato ed il ruolo della dichiarazione scritta del fiduciario.

Da tale dichiarazione non dipende la nascita dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire l'immobile al fiduciante: essa non costituisce fonte di tale obbligo, che deriva dal *pactum*, sebbene stipulato verbalmente, per ragioni di riservatezza, opportunità e così via. La dichiarazione è semplicemente produttiva dell'effetto di determinare la *relevatio ab onere probandi* e di rafforzare così la posizione del fiduciante, il quale in virtù di tale dichiarazione è esonerato dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale.

### Osservazioni conclusive

La sentenza in esame offre un contributo non minimo al procedimento interpretativo/applicativo della fiducia nel nostro ordinamento giuridico. Come notato dall'estensore della decisione, l'esclusione della necessità della forma scritta, risulta coerente con la storia e con l'esperienza che viene dalla prassi in materia di negozio fiduciario.

Occorre infatti guardare al presente con aperta disponibilità a comprendere, senza prevenzioni, il senso di un itinerario in atto, che è quello del passaggio da una visione potestativa del diritto ad una visione ordinamentale, che identifica il fenomeno giuridico come lo specchio della società civile nel suo divenire storico. È forse giunto il momento di liberarsi da decrepite e costringenti pastoie pandettistiche e, particolarmente, di quel cumulo di credenze trasformatesi col tempo in una rigida dogmatica normativistica. Una concezione complessa della giuridicità, volta a recuperare tutte le componenti del relativo processo, tende a implicare, nella ricomposizione della fenomenologia reale, la compenetrazione e l'inscindibilità tra fatto e diritto, tra essere e dover essere, favorendo quindi una visione integrale, attuale e contemporanea di ciò che continuamente si produce in concreto nella esperienza di vita di una società.

Proprio la vicenda teorica del negozio fiduciario, ci richiama alla necessità di superare gli schematismi dell'alternativa fatto-diritto. La frontiera tra *jus* e *facta*, un tempo nettissima, vede sradicati i risalenti e usurati cippi confinari. Come si è poco sopra notato, la decisione delle Sezioni unite muove proprio dalla constatazione della prassi, rivolgendo l'analisi all'esperienza e ai modi di attuazione dei comportamenti, osservando che "condizionare all'osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi". Si tratta dunque di rilievi che toccano l'essenza della giuridicità nell'esperienza contemporanea: è la prassi che deve illuminare il modo di interpretare gli enunciati legislativi; non possono essere i testi normativi a condizionare lo svolgimento dell'esperienza.

Non c'è evidentemente qui modo di affrontare, nemmeno in superficie, tematiche così radicali della teoria generale del diritto. Ognuno intende tuttavia benissimo come l'ottica del negozio fiduciario sia fra le più idonee a chiarire la necessità di impostare in termini nuovi l'alternativa fatto-diritto, almeno assumendo la fiduciarità secondo lo schema classico, del trasferimento di beni, la cui gestione è affidata al fiduciario e

costituisce la fase intermedia di una complessiva sequenza dispositiva che dovrà svolgersi e concludersi secondo le determinazioni del fiduciante. Non tutto ciò che i soggetti affidano ad una dimensione fattuale (e per decenni questa è stata la classica collocazione del *pactum fiduciae*) è destinato ad essere considerato necessariamente estraneo ad ogni qualificazione in chiave di diritto, o addirittura *contra legem*.

A ben vedere, tutta la teoria del c.d. negozio fiduciario si è svolta, al di là delle diverse accentuazioni, nel tentativo di superare questa aporia.

La teoria del negozio fiduciario ha costituito infatti un terreno privilegiato per indurre i giuristi a leggere l'esperienza prima dei testi, i modi di attuazione dei comportamenti prima degli atti, a superare l'artificio della distinzione fatto-diritto. La "fiducia" ha costituito, a ben vedere (e, in un certo senso, *ante litteram*) uno dei più significativi esempi di quel diritto che sale dal basso sul quale Paolo Grossi sempre più di frequente ci ammonisce nell'ottica del postmoderno.

Il problema della forma del *pactum fiduciae* esige, insomma, di essere ricostruita in funzione delle esigenze che dovrebbe salvaguardare e quindi *a posteriori*, a partire "dal basso", dalla specificità delle situazioni concrete con conseguente necessità di superamento delle due accezioni di forma del contratto, una diretta a designare l'aspetto estrinseco dell'atto, rispetto al suo contenuto; l'altra, intesa a designare un requisito occasionalmente imposto e riferito alle modalità attraverso le quali l'atto deve essere compiuto.

Oggi in tema di forma è difficile ricondurre a coerenza i principi proclamati con le regole applicate: la previsione dell'art. 1325 c.c., che sembrava imporre il requisito di forma solo per alcuni atti ed intorno al quale ha ruotato il principio della libertà delle forme, ha finito per perdere anche questo ruolo meramente classificatorio.

La nuova stagione in cui vive l'esperienza giuridica si muove lungo il difficile spartiacque da un lato, di un riferimento a principi consunti; dall'altro, di un necessario richiamo a discipline che da quei principi ormai esplicitamente prescindono, realizzando anzi una vistosa contraddizione.

Una nuova categoria ordinante della forma degli atti di autonomia privata, certamente destinata a durare meno di quelle del passato, non potrà che uscire da una nuova operazione di sintesi.

Il pensiero giuridico postmoderno ha da tempo messo in evidenza che il procedimento di interpretazione e applicazione del diritto richiede sempre un'analisi degli interessi sottostanti<sup>(32)</sup>. L'attività del giurista non è mai semplice esegesi, ma richiede uno sforzo di comprensione e interpretazione, per adeguare il testo normativo al contesto nel quale esso deve trovare applicazione. Ogni fattispecie concreta dovrebbe essere letta in funzione delle esigenze particolari. Se non ricorrono esigenze di tutela di una parte debole, di pubblicità immobiliare, di trasparenza, di garantire controlli di natura amministrativa, la forma scritta non può imporsi al *pactum fiduciae*, quand'anche il diritto trasferito al fiduciario abbia natura immobiliare: la forma non è mero contenitore ma riflesso della natura degli interessi di cui le parti intendono disporre.

Durante le persecuzioni razziali assai frequente era il trasferimento di beni, reale e voluto, ma nell'intenzione delle parti non definitivo, bensì realizzato al fine di impedire che la persistenza della situazione giuridica anteriore all'atto traslativo determinasse effetti che le parti, segnatamente il fiduciante, intendevano evitare. Il rapporto interno tra fiduciante e fiduciario era spesso verbale e segreto<sup>(33)</sup>. Segreto non vuol dire necessariamente verbale, ma non si può trascurare l'interesse delle parti a non lasciare tracce documentali. Come pure accade nel caso, assai frequentemente venuto all'esame dei giudici, di accordi fiduciari verbali tra coniugi o conviventi relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con danaro di uno solo di essi: motivi di opportunità, di lealtà, di fiducia reciproca spesso inducono le parti a non formalizzare l'accordo in una scrittura, limitandosi il fiduciario-beneficiario dell'intestazione a sottoscrivere un atto unilaterale con cui si vincola a modificare in futuro la situazione secondo le obbligazioni assunte col fiduciante.

Se le parti hanno inteso concludere l'accordo fiduciario verbalmente, potrà porsi un problema di prova, ma non di validità. Occorre infatti notare che vada escluso che possa esistere un interesse comune degli stipulanti ad ottenere la declaratoria di nullità per motivi di forma, per la semplice ragione che, ove la forma non sia motivo di contestazione, le parti o eseguono il contratto o si avvalgono della rinnovazione in forma scritta: certo non chiedono al giudice una superflua declaratoria di nullità. Nella logica del processo interessata alla nullità è sempre e solo una parte, interessata, mediatamente, a non eseguire la prestazione<sup>(34)</sup>. Offrire alla parte che non vuole adempiere lo strumento della nullità per difetto di forma, produrrebbe una "soggettivizzazione strisciante del rimedio della nullità"<sup>(35)</sup>.

La segretezza o riservatezza che attraversa il negozio fiduciario circa l'effettivo proprietario dei beni intestati fiduciariamente è dunque uno dei principali interessi sottostanti e una delle ragioni di successo di siffatte operazioni nella prassi negoziale.

Tra le varie figure negoziali funzionali alla gestione di diritti nell'interesse altrui il negozio fiduciario ha sin qui mantenuto un autonomo ambito funzionale, rispetto all'atto di destinazione<sup>(36)</sup> di cui all'art. 2645 *ter* c.c. ed al *trust*<sup>(37)</sup>, per tutte quelle vicende nelle quali prevale l'interesse del fiduciante alla riservatezza del rapporto gestorio. Nella consapevolezza che la perseguita minore trasparenza ha come contrappeso una

tutela meno incisiva delle ragioni del fiduciante, sotto il profilo della segregazione patrimoniale rispetto ai creditori del fiduciario.

Negozi di destinazione, *trust* e fondazione sono viceversa caratterizzati dalla trasparenza della situazione sottostante, che è poi il presupposto dell'opponibilità del vincolo di destinazione. Non sembrano ancora maturi i tempi del diritto vivente per affermare la trascrivibilità del patto fiduciario e la sua conseguente opponibilità piena<sup>(38)</sup> nei confronti dei terzi aventi causa e dei creditori del fiduciante e del fiduciario, come avviene nelle figure negoziali sopra richiamate.

Al giurista postmoderno si richiedono criteri interpretativi analitici e soluzioni ermeneutiche flessibili, che sembrano preferibili rispetto a schemi concettuali apparentemente più lineari e rigorosi, ma spesso incapaci di offrire una valida lente per la conoscenza della realtà complessa che abbiamo davanti. L'interpretazione non si risolve in una applicazione meccanica e non si acquieta nella piatta ed inerte esegesi del testo, ma implica la legittima scelta della fissazione del possibile significato ragionevolmente associabile all'enunciato interpretato, secondo le potenzialità di senso che vi sono incluse, sulla base anche della coerenza con il sistema e della contestualizzazione e dell'attualizzazione del precetto legislativo. La decisione in esame parrebbe andare in questa direzione, fornendo altresì, in modo chiaro, coerente e conciso, una "convincente argomentazione circa la fondatezza delle scelte effettuate dal giudice"<sup>(39)</sup>.

---

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

(1) In questa *Rivista*, 2020, 283, con nota di C.A. Valenza, *Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*; in *Giustiziacivile.com* del 14 novembre 2019, con mia nota di commento; in *Corriere Giur.*, 2019, 1473, con nota di A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*; in *Contratti* 2020, 57 con nota di U. Carnevali, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*. La decisione delle Sezioni unite oggetto di questa nota è altresì pubblicata in *Foro It.*, 2020, 1936 e segg. con nota di N. Lipari, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*.

(2) La costruzione che ritiene che il negozio fiduciario sia un negozio unitario con causa autonoma, "*causa fiduciae*", e quindi come tale idoneo a trasferire la proprietà, risale nella dottrina italiana agli anni Trenta del Novecento e si deve a C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345. In particolare, secondo Grassetti, *op. cit.*, 345, 365, 366, 369, 372, dal principio di tipicità dei diritti reali non può altresì desumersi un principio di tipicità dei negozi idonei al trasferimento della proprietà. Tale prospettiva è ripresa da U. Carnevali, voce "Negozio Giuridico. Negozio fiduciario", in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; Id., *Negozi fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694, il quale partendo dall'idea che il negozio fiduciario sia unitario e causale, lo definisce atipico ed ammissibile tutte le volte in cui l'effetto obbligatorio (che in detta prospettiva coincide con la causa dell'obbligazione) risulti meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. Rare sono le decisioni che hanno accolto la tesi unitaria. Si veda Cass. civ., 19 maggio 1960, n. 1261: "Il negozio fiduciario integra una fattispecie unitaria permeata dalla *causa fiduciae*".

(3) All'inizio del XX secolo F. Ferrara senior, nel suo fondamentale scritto *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di Scialoja*, 1905, 745 e segg. sostenne che la fiducia consta di due negozi, uno reale finalizzato al trasferimento della proprietà, ed uno obbligatorio, efficace unicamente tra le parti. Il dibattito moderno sul negozio fiduciario nasce in Germania sul finire dell'Ottocento, cfr. F. Regelsberger, *Zwei Beitrage zur Lehre von der Zession*, in *Arch. F. d. Civ. Prax.*, LXIII, 1890, 172 e segg., 173; ed arriva in Italia nel medesimo periodo, in cui la dottrina italiana dialogava fittamente con quella tedesca, v. E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* (1882), in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, 20 e segg.; G. Messina, *I negozi fiduciari*, (1910), in *Scritti giuridici*, Milano, 1948; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit.. Il dibattito, dopo la pausa bellica, riprende nel secondo dopoguerra e nei fertili anni successivi: S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, Teoria, Pratica, Saggi*, Milano, 1951, 201 e segg.; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; V.M. Trimarchi, voce "Negozio fiduciario", in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 33 e segg.; U. Carnevali, *Intestazione fiduciaria*, in *Diz. Dir. Priv.* a cura di N. Irti, *Dir. civ.*, 1, 1980, 455 e segg.; Id., voce "Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario", in *Enc. Giur.*, cit.; G. Criscuoli, *Fiducia e Fides in diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 e segg.; M. Graziadei, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quad.*, 1990, I, 1 e segg.; U. Morello, *Fiducia e trust, due esperienze a confronto*, *ivi*, 1990, 239 e segg.; A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; Id., *La fiducia*, in *Manuale Dir. Priv. Eur.*, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, 607 e segg.; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; E. Ginevra, *La partecipazione fiduciaria in S.p.A.*, Torino, 2012, spec. nei cap. II e III; P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, in R. Calvo-A. Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tr. dei contratti*, dir. da Rescigno-Gabrielli, Torino, 2014, 35 e segg.

(4) Cass. civ., Sez. II, 25 febbraio 2017, n. 13216 in *Foro It.*, *Rep.* 2017, voce *Diritto fallimentare*, n. 318.

(5) Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, in *questa Rivista*, 2015, 582, con nota di N. Stefanelli, *Fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*.

(6) Si veda in tal senso Cass. civ., Sez. II, 12 febbraio 2016, n. 2853.

(7) Secondo U. Breccia, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furguele, Napoli, 2015, 5, il pluralismo giuridico affermato dalla Costituzione impone di lasciare alle nostre spalle "la logica monisitca della fattispecie". Difende vigorosamente la persistente validità non solo concettuale, ma anche economica e sociale, e di utilità per il capitalismo globale della fattispecie N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 e segg., 14, il quale significativamente scrive che il "fatto concreto... diventa "caso" per virtù della legge che, descrivendolo in anticipo, lo valuta e qualifica, lo approva o disapprova"; rifiutare questa prospettiva significherebbe gettarsi in un incalcolabile "soggettivismo vitalistico", abbandonarsi alla deriva *valoriale*, e, in ultima istanza, ad una vita giuridica che parrebbe incapace non solo a vivere autonomamente, ma anche ad essere finanche concepibile senza il riferimento alla fattispecie; cfr., altresì, N. Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 987 e segg.; Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 e segg.; Id., *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 e segg.; nonché la replica critica, anch'essa a difesa della fattispecie, di A. Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 e segg., il quale contesta che i fattori della crisi individuati da Irti siano effettivamente idonei a sferrare il preteso colpo esiziale alla teorica ed al metodo della fattispecie; da ultimo, interviene nel dibattito, G. Zaccaria, *L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 744 e segg., spec., 755 e segg.

(8) Il concetto di "operazione economica" è entrato oramai, e da tempo, a far parte della storia delle idee. E. Gabrielli, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 e segg.; Id. *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013, qualifica l'operazione economica quale categoria concettuale che identifica una sequenza unitaria composta che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata. La ricchezza e complessità degli interessi di cui si compongono, e mediante i quali si articolano, gli atti di autonomia privata infatti supera spesso la ristretta dimensione del tipo, sia sul piano di valutazione della qualità degli interessi perseguiti dalle parti; sia in termini di controllo del rispetto dei limiti (qualitativi e quantitativi) che, a seconda della natura dell'affare, l'ordinamento impone all'unitario assetto di interessi fissato dalle parti nel contratto. Con la conseguenza che, indipendentemente dal singolo tipo o dall'insieme dei tipi, seppur tra loro collegati o dipendenti, di contratti o di negozi che le parti hanno utilizzato per costruire il loro assetto di interessi, va considerata l'operazione nella sua "unità formale". Sulla concezione dell'autonomia privata in chiave procedimentale e sul negozio di configurazione, v. già Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 77 e segg. Recentemente, G. Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in questa *Rivista.*, 2015, 491 e segg.

(9) La giurisprudenza da tempo ha familiarizzato con la fiducia statica. Tra le altre v. Cass. civ., 7 agosto 1982, n. 4438; Cass. civ., 18 ottobre 1988 n. 5663 in *Corriere Giur.*, 1988, 1268 con nota di Catalano. Recentemente, Cass. civ., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Corriere Giur.* 1993, 855. In tale vicenda processuale una signora convivente con il compagno aveva acquistato la piena proprietà di un appartamento, con danaro fornito dal medesimo e si era obbligata a trasferirgli la quota di un mezzo quando ne fosse stata richiesta.

(10) F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1988, III, t. 1, 423; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, cit., 182, 187; V.M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, cit. 48.

(11) T. Ascarelli, *Il negozio indiretto* (1931), in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 77. I contributi di Grassetti e Ferrara son richiamati alle note 2 e 3.

(12) Cass. civ., Sez. III, 2 aprile 2009, n. 8024; Cass. civ., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass. civ., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093.

(13) Cass. civ., Sez. II, 18 aprile 1957, 1331; Cass. civ., Sez. II, 7 agosto 1982, n. 4438; Cass. civ., Sez. II, 1° aprile 2003, n. 4886 in *Corriere Giur.*, 2003, 1041; Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17785.

(14) Cass. civ., 19 maggio 1960, n. 1261; Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633.

(15) Cass. civ., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass. civ., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass. civ., Sez. II, ord. 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. civ., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093, secondo le quali se il *pactum fiduciae* riguardi beni immobili, occorre che esso risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare".

(16) Cass. civ., Sez. II, 1° aprile 2003, n. 4886.

(17) Da Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633, cit., che ha ritenuto valido il patto fiduciario concluso verbalmente, ma confermato in un successivo atto unilaterale volto alla sua attuazione. Questa decisione ha esteso l'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. all'ipotesi di una dichiarazione unilaterale ricognitiva di intestazione fiduciaria di un bene immobile, compendiandola nella massima seguente: "La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazione se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno



unilaterale è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali". La decisione richiama, intravedendovi profili di affinità, Cass. civ., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051, in questa *Rivista*, 2014, 269 e segg., con nota di Marangoni, *La Cassazione torna a pronunciarsi sulla forma del mandato immobiliare senza rappresentanza*, relativa al mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili, che ha ritenuto legittimo il rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, nei casi in cui risulti una dichiarazione scritta del mandatario, anche successiva all'acquisto, che contenga un preciso impegno e una sufficiente indicazione degli immobili da trasferire. In merito alla controversa questione della forma del mandato ad acquistare beni immobili, in ragione della natura obbligatoria di tale contratto, vi è dunque da parte della Cassazione una (presumibilmente) consapevole ripresa del pensiero di M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64 e segg., il quale escludeva che fosse applicabile il vincolo di forma previsto dall'art. 1350, n. 1, c.c., ed escludeva, altresì, una falsa assonanza di tale figura con il contratto preliminare avente ad oggetto l'obbligazione di effettuare un trasferimento immobiliare.

(18) Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 1985, n. 560.

(19) Cass. civ., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654, in relazione alla intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente bancario. In ambito societario v. Cass. civ., 2 luglio 1990, n. 6764, *Dir. fall.*, 1990, II, 1330.

(20) La fiducia romanistica si caratterizza, infatti secondo l'orientamento prevalente, proprio per l'inopponibilità ai terzi degli obblighi fiduciari: cfr. R. Campagnolo, *Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 349; M. Gambini, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, 844; nonché le classiche pagine di L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*; Id. *Effetti del fallimento sulle situazioni apparenti e fiduciarie*, in *Dir. Fall.*, 1972, 329; L. Campagna, *Il problema della interposizione di persona*, Milano 1962; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile – Metodo, teoria, pratica*, cit., 201; Id., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, *ibidem*, 334; G. Messina, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, cit. 1948; C. Grasseti, *Il negozio fiduciario e la sua ammissibilità nell'attuale ordinamento giuridico*, cit. 362. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass. civ., 10 maggio 2010, n. 11314, in *Contratti*, 2010, 989; Cass. civ., 1° aprile 2003, n. 4886, in *Corriere Giur.*, 2003, 1041.

(21) Sulla categoria della "proprietà nell'interesse altrui", cfr. A. Saturno, *La proprietà nell'interesse altrui*, Napoli, 1999; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995; A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, 169; L. Sambuelli, *La "proprietà" nell'interesse altrui (mandato generale e conflitto d'interessi)*, in questa *Rivista.*, 1993, I, 1, c. 1321. Va rilevato, che si parla diffusamente in dottrina di "proprietà nell'interesse altrui" solo allorché il diritto dominicale sia inciso sul piano "reale" delle facoltà di godimento e di disposizione spettanti al titolare, mentre in caso di incidenza meramente obbligatoria dell'agire nell'interesse altrui – come avviene, secondo l'orientamento prevalente, nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare – viene utilizzato un linguaggio di tipo "contrattuale", anziché "proprietario" (per tale rilievo cfr. in particolare L. Salamone, *La c.d. proprietà del mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 77; P. Iamiceli, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, 88 e segg.; R. Montinaro, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, 238 e segg.). Sul problema della "proprietà del mandatario", cfr. inoltre L. Campagna, *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 7; M. Graziadei, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto, e dissociazione della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 142 e segg.; Id., *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, cit. 1). I caratteri essenziali della proprietà fiduciaria erano stati magistralmente tratteggiati già da S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 253 e segg., 272 e segg. (con la precisazione – inevitabile all'epoca – che si trattava di un istituto non compatibile con il diritto positivo allora vigente).

(22) Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 1976, non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza il patto di ritrasferimento al fiduciante, precisando che il mandato è "la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni..quel determinato intento". L'identità tra mandato e fiducia è lucidamente scandita da Trib. Cagliari, 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 661, con nota di Cicero. Cass. civ., 5 febbraio 2000, n. 1289, in questa *Rivista*, 2000, 2258 con nota di Forchino, ove si sottolinea che sempre più dottrina e giurisprudenza tendono a sovrapporre mandato senza rappresentanza e fiducia sotto il comune denominatore dell'interposizione reale. Nello stesso senso la decisione in commento (21).

(23) Procedono in questa direzione S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., 201; B. Libonati,  *Holding e investment trust*, Milano, 1959; P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968. Il tema della distinzione tra preliminare e mandato ad acquistare è affrontato e risolto, con varietà di accenti, da tutti i commentatori della decisione delle Sezioni Unite. Cfr. M. Rizzuti, *Rapporto fiduciario e formalismo negoziale*, in *Giustiziacivile.com* del 14 ottobre 2020; A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del mandato fiduciario immobiliare*, in *Corriere Giur.*, 2020, 589, al quale si deve l'osservazione circa la scarsa tenuta logica di quella distinzione; U. Carnevali, *Le sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 2020, 257 e segg., che assume una posizione favorevole alle conclusioni dei supremi giudici; C. Natoli, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile*, in *Nuova Giur. Civ.*

*Comm.*, 2020, 851; A. Reali, *Le sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare tra trasparenza e riservatezza*, *ivi*, 957 e segg.; R. Lenzi, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2020, 1107 e segg., che pur condividendo la soluzione adottata è critico sul processo argomentativo della decisione.

(24) Cfr. F. Alcaro, *Gestioni e affidamenti fiduciari: appunti (poteri, attività e destinazione)*, in *Vita notar.*, 3, 2014, 711 e segg., il quale nota (714) che "il trasferimento della proprietà, investendo il destinatario dei (correlati) poteri, non ne condiziona l'esercizio secondo moduli predeterminati e rigidi paradigmi: l'esercizio adeguandosi, infatti, agli interessi e alle funzioni che il titolare di quei poteri dovrà (o valuterà di) soddisfare ed espletare". Poneva l'accento sulla distinzione tra il profilo dell'investitura del potere ed il suo esercizio, quali fasi distinte, Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, Napoli, 1970, 110. Per l'inclusione dell'obbligo nel contenuto della proprietà, cfr. invece F. Romano, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1969, *passim*. Sulla proprietà intesa come un fascio di situazioni giuridiche soggettive, anche passive, cfr. P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1971 (rist. 2011), 69 e segg., e 162. Per una posizione non distante, cfr. S. Pugliatti, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, 15 e segg., 38 e segg.; Id., *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, *ibidem*, 137 e segg.

(25) Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a M. Palazzo, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo contemporaneo*, in *Giustiziavivile.com* del 14 novembre 2019, cit.

(26) N. Irti, *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)* in *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 79 e segg.

(27) Cass. civ., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051; Cass. civ., Sez. III, 28 ottobre 2016, n. 21805.

(28) Il codice civile del 1942 indubbiamente regola la proprietà avendo in mente le classiche prerogative del proprietario, più che le funzioni dei singoli beni. Ma la civilistica più consapevole da tempo ha messo in luce la necessità di guardare alle cose tenendo conto delle differenti realtà strutturali e rispettate nella loro obbiettiva diversità strutturale e funzionale è emersa tempo nella riflessione scientifica. Enrico Finzi, in una memorabile relazione al Primo congresso nazionale di diritto agrario del 1935, si era posto sulla strada di una deliberata dissacrazione, analizzando l'istituto della proprietà non più dall'alto del soggetto titolare ma dal basso della cosa e cercando di dargli una dimensione squisitamente pubblicistica trapiantando per caratterizzare i poteri proprietari categorie elaborate dai pubblicisti come quella del "potere discrezionale" e "interesse legittimo". È la giustamente famosa relazione su *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* in *Atti del primo congresso Nazionale di diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935. Filippo Vassalli, in un volume collettaneo del 1939 su *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, valorizzando le diverse qualità delle cose, parlò di diversi statuti proprietari, anticipando una concezione pluralistica messa a frutto da Salvatore Pugliatti negli anni Cinquanta nel volume *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954. La riflessione di Vassalli può leggersi anche in *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 333. Francesco Ferrara senior parlò - nella stessa sede collettanea - esplicitamente di "proprietà/funzione" nella relazione intitolata *La proprietà come dovere sociale*. Per una approfondita e puntuale analisi v. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, (1985), II ed., accresciuta dalla premessa "Venti anni dopo". Napoli, 2006. Recentemente il discorso sulla funzionalizzazione della proprietà è stato ripreso da M. Graziadei, *Il trust: una pagina nella storia della proprietà funzionalizzata*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione delle situazioni reali*, Atti del convegno del 8 maggio 2015, nei *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 1, 2015, 44 e segg. Sul punto è utile la consultazione di U. Mattei, *La proprietà*, II ed., in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 109 e segg.

(29) La Cassazione ha infatti più volte affermato che il particolare rimedio di cui all'art. 2932 c.c. è applicabile non solo nella ipotesi di contratto preliminare di vendita rimasto inadempito, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad altro negozio, sia in relazione ad altro atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere. Si veda, tra le altre, Cass. civ., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160. In dottrina, v. per tutti, A. Di Maio, voce "Obbligo a contrarre", in *Enc. Giur. Tracani*, XXXI, Roma, 1990.

(30) V. per tutti F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.* Cicu-Messineo, cit. 207, ove una compiuta argomentazione e ulteriori richiami bibliografici. Ma v. in senso contrario C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, favorevole ad una maggiore autonomia privata in tema di promesse unilaterali.

(31) Cass. civ., 4 agosto 1952, n. 2514 in *Mass. Foro It.*, 1952; Cass. civ., 15 luglio 1964, n. 1912, *ivi*, 1964; Cass. civ., Sez. III, 5 luglio 2004, n. 12285; Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2012, n. 13689; Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 20698, secondo cui: "Il riconoscimento del debito, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, comportando, ai sensi dell'aut. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della *causa debendi*; tale astrazione si traduce in una mera *relevatio ab onere probandi*, in virtù della quale il destinatario della dichiarazione è dispensato dall'onere di fornire la prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale: pertanto,

ogni effetto vincolante della ricognizione è destinato a venir meno ove sia giudizialmente allegato e provato che il rapporto fondamentale non è mai sorto o è invalido o si è estinto, ovvero che esista una condizione ovvero un altro elemento attinente al rapporto fondamentale che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento". Cfr. altresì Cass. civ., Sez. I, 31 marzo 2010, n. 7787; Cass. civ., Sez. II, 22 agosto 2006, n. 18259; Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2000, n. 15575.

(32) Per tutti v. P. Grossi, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 11 e segg.; Id. *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020. Per una articolata riflessione sul tema delle categorie v. N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. 173 e segg. Come è stato giustamente evidenziato (cfr. F.Viola-G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Bari, 2002, 361), "il giudizio di validità è la conclusione di un ragionamento giuridico e non più accertamento". Per una sintesi del dibattito contemporaneo, anche nella prospettiva storico-giuridica, sia consentito rinviare a M. Palazzo, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 3 e segg.

(33) Sulla "segretezza" del fenomeno cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, ristampa corretta della II ed. a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, par. 40, il rapporto interno fra fiduciante e fiduciario non è conoscibile dai terzi (questa è una affermazione che, espressamente o per implicito, condivide tutta la dottrina); V.M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, cit., 32 e segg., a 50, afferma che "la segretezza è, nel fatto, una caratteristica normale del fenomeno". Cfr. altresì Salv. Romano, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, III, 35, poi in *Scritti minori*, III Milano, 1980, 1286.

(34) Il rilievo è di S. Pagliantini, con riferimento ai negozi risolutivi di contratti formali, in *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, 653. L'idea che l'azione di nullità si giustifica ed è consentita dalla legge solo se non lede l'affidamento è limpidamente prospettata da P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 90.

(35) L'espressione è di V. Roppo, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 489.

(36) La letteratura in materia è molto ampia. Cfr., tra gli altri, G. D'Amico, "La proprietà destinata", in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 e segg.; S. Bartoli, *Considerazioni generali*, in S. Bartoli, D. Muritano e C. Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, 41; F. Benatti, *La proprietà conformata dall'autonomia privata*, in *Studium iuris*, 2011, 491; U. La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, 1073 e segg.; Id., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperurario (piccola e giocosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 152 e segg.; F. Pene Vidari, *Trust e rapporti fiduciari tra proprietà e contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 295; G. Petrelli, *Proprietà fiduciaria, art. 2645 ter e condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 517. M. Palazzo, *Atto di destinazione e concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2016, 260 e segg., ove ulteriori ragguagli bibliografici e di giurisprudenza. Anteriormente all'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-ter, la dottrina aveva rilevato proprio l'assenza di una adeguata disciplina, anche pubblicitaria, che - consentendo di opporre ai terzi i vincoli di destinazione - consentisse di configurare un'incidenza dei medesimi vincoli sul diritto reale: cfr. Mir. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 242 e segg.; P. Iamiceli, *op. cit.*, 95.

(37) Sulla proprietà del trustee quale situazione giuridica conformata, cfr. A. Gambaro, *La proprietà del trustee*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 661; G. Baldini, *Proprietà fiduciaria e trust*, in *Proprietà e diritti reali. Il sistema delle tutele*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2007, 290; E. Caterini, *Il trust anglosassone e la corruzione del rapporto proprietario*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, 757; M. Costantino, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee*, in *Trusts*, 2003, 15 e 169; U. La Porta, *Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust*, in *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 2002, 35; A. Gambaro, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano 1996, 57. Per la configurabilità di un "trust italiano", fondato anche (ma non solo) sulla disciplina dettata dall'art. 2645-ter c.c., cfr. G. Petrelli, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 167.

(38) Diversamente sembra ritenere P. Gallo, *Il contratto fiduciario*, cit., 61 con richiami di dottrina alla nota 133. Il ricorso alla figura dell'ufficio di diritto privato per illustrare la posizione del fiduciario, titolare della proprietà destinata, consente secondo un autore di spiegare la permanenza in vita del vincolo anche in caso di morte, sopravvenuta incapacità o cessazione per qualsiasi ragione dalla carica del singolo fiduciario; l'impossibilità per quest'ultimo di porvi termine volontariamente; la possibilità di sua sostituzione ad opera del giudice: cfr. M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, 275, 280, 336.

(39) Per dirla con le parole di C. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, a cura di G. Crifò e con la presentazione di A. Giuliani, Milano, 1979, 243.

