



HAL
open science

La forma del patto fiduciario

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

| Riccardo Fornasari. La forma del patto fiduciario. *Giurisprudenza commerciale*, 2022. hal-04431565

HAL Id: hal-04431565

<https://hal.science/hal-04431565>

Submitted on 6 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Riccardo Fornasari

**LA FORMA DEL PATTO
FIDUCIARIO**

Estratto

Conferma App. Napoli, 17 aprile 2014.

Patto fiduciario - Forma del patto fiduciario - Efficacia dell'atto unilaterale ricognitivo - Patto fiduciario e mandato senza rappresentanza - Patto fiduciario e contratto preliminare.

Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta «ad substantiam», trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario (1).

La dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., una astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della «contra se pronuntiatio», dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria (2).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — 1. D.B., con atto di citazione notificato il 16 luglio 2002, convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Frattamaggiore, il fratello A. e la di lui coniuge, P.P., e M.V., vedova di un altro fratello, deducendo che in data 18 giugno 1984 D.A. e M.V. avevano con denaro di esso esponente acquistato da un terzo, per porzioni separate e per parti comuni, il primo in comunione legale con la moglie, un compendio immobiliare in (OMISSIS). L'attore deduceva che tra le parti in causa si era concordato che i beni oggetto della compravendita sarebbero stati trasferiti a lui, vero *dominus* dell'affare, o ad altra persona da lui indicata. A riprova di quanto affermato, produceva due scritture private a firma di P.P. e di M.V., del medesimo tenore, entrambe del 28 marzo 2002, nelle quali le scriventi davano atto che il vero proprietario del fabbricato era D.B. e si impegnavano al trasferimento, a semplice richiesta, in favore del D. o di persona da lui indicata. Lamentando che i convenuti non avevano onorato il patto fiduciario, chiese accertarsi e dichiararsi la loro interposizione reale nella intestazione degli immobili descritti in citazione, con contestuale emissione di sentenza di trasferimento in proprio favore.

I convenuti si costituirono in giudizio, resistendo.

Nel corso del processo di primo grado la lite venne transatta tra l'attore e i convenuti D.A. e P.P., con trasferimento, senza corrispettivo, degli immobili oggetto di causa (ed a questi ultimi intestati) in capo all'attore e contestuale riconoscimento, in favore dei convenuti predetti, dell'importo di Euro 25.000 a fronte di spese e miglioramenti dagli stessi sostenute ed eseguiti.

Quanto al rapporto tra D.B. e M.V., la domanda venne accolta dall'adito Tribunale che, con sentenza n. 13 in data 11 gennaio 2008, dichiarata l'interposizione reale della M., dispose il trasferimento dei beni immobili alla stessa formalmente intestati in favore dell'attore (o di persona da nominare ad opera dello stesso).

Il Tribunale rilevò:

che i fatti posti a fondamento della domanda proposta nei confronti della M. avevano trovato ampia conferma sia nell'istruttoria espletata nel corso del giudizio, sia nella documentazione prodotta in atti;

che, in particolare, con la dichiarazione in data 28 marzo 2002 la M. aveva riconosciuto che il cognato D.B. era l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in (OMISSIS), intestato alla stessa dichiarante e ad D.A. in forza dell'atto per notaio Ma. del (OMISSIS), e che l'attore aveva versato tutte le relative tasse e spese, e nel contempo si era impegnata a

ritrasferire detto complesso immobiliare a semplice richiesta di D.B., affinché quest'ultimo lo intestasse a lui o a persona da designare.

Il primo giudice richiamò inoltre il principio secondo cui il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento tra due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno ed obbligatorio, pure effettivamente voluto, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio. Osservò quindi che l'esistenza del negozio fiduciario ben può ritenersi nella scrittura privata con la quale l'acquirente di un immobile, riconoscendo la natura fiduciaria dell'intestazione e, conseguentemente, la relativa proprietà a favore di un terzo, assume contestualmente l'obbligo di trasferirgli il diritto; e rilevò che ciò era quello che era avvenuto nel caso di specie tra la M. e il cognato, risultando l'esistenza della interposizione reale dimostrata dalle espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002.

2. La Corte d'appello di Napoli, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria del 17 aprile 2014, ha confermato la pronuncia di primo grado, rigettando il gravame della M.

La Corte territoriale ha premesso che il negozio fiduciario, richiedendo la forma scritta *ad substantiam*, è nullo quando manchi tale requisito, e che se dunque realmente vi fu, tra le parti in causa, all'epoca della stipula della compravendita, un accordo fiduciario per il trasferimento dell'immobile in capo a D.B., questo è da dichiararsi nullo per difetto di forma.

La Corte partenopea ha poi esaminato la scrittura privata in data 28 marzo 2002 a firma della M., del seguente tenore: «Io sottoscritta M.V. in D., nata a (OMISSIS), riconosco che mio cognato D.B. è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in (OMISSIS), alle vie (OMISSIS), nel suo attuale stato intestato a mio cognato D. A. ed a me medesima, giusta atto del notaio Ma. del (OMISSIS), ma acquistato e poi completato dallo stesso D.B. Riconosco che mio cognato D.B. mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. M'impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata».

In particolare la Corte di Napoli — esclusa la possibilità di annettere rilevanza giuridica al riconoscimento del cognato quale unico proprietario dell'immobile in contestazione; assegnata valenza confessoria al riconoscimento che il cognato aveva completato il fabbricato e versato tutte le tasse e spese; e collocato sul piano volitivo, piuttosto che su quello ricognitivo, l'ultimo inciso, contenente l'impegno di trasferimento — ha osservato quanto segue:

— l'operazione posta in essere dalle parti, sia pure non contestuale e frazionata nel tempo, consta di un negozio di compravendita in cui è acquirente M.V. e di una scrittura unilaterale con cui la M. si impegna a ritrasferire il bene acquistato al cognato B.;

— tale impegno non costituisce un negozio autonomo ma è un elemento dell'operazione fiduciaria;

— il collegamento negoziale, connaturato al negozio fiduciario, sostanzialmente sussiste tra l'atto di compravendita del 1984 e la scrittura privata del 2002;

— a tale ricostruzione non sono di ostacolo né il lungo lasso temporale tra i due atti, non essendo richiesta la contestualità tra i due negozi, né la unilateralità della scrittura, e neppure che non sia intervenuta un'accettazione formale, atteso che la produzione in giudizio del documento con la dichiarata intenzione di valersene equivale ad accettazione.

In definitiva, secondo la Corte partenopea, l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario.

3. Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello M.V. ha proposto ricorso, affidato a quattro motivi, illustrati con memorie.

Ha resistito, con controricorso, D.B. Anch'egli ha depositato memorie.

4. I motivi di ricorso possono essere così compendati.

Con il primo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 1325 c.c., comma 1, n. 2, artt. 1418, 1324 e 2697 c.c., nonché dell'art. 115 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4) la M. si duole delle conclusioni cui è giunta la Corte di Appello in ordine alla natura ed efficacia della scrittura del 28 marzo 2002, quale valido titolo sotteso all'obbligo di trasferimento riconosciuto esistente in capo ad essa ricorrente. La sentenza impugnata —

dopo avere riconosciuto che il patto fiduciario, equiparato al contratto preliminare, avrebbe dovuto rivestire, a pena di nullità, la forma scritta e che, poiché tale forma non risultava essere stata rispettata, il patto non poteva che essere nullo; e dopo avere chiarito che l'atto ricognitivo, avente valore confessorio, non era idoneo a provare la proprietà sui beni immobili — avrebbe finito con il compiere un salto logico, per avere assegnato, alla parte della scrittura in cui l'intestataria si impegnava a trasferire l'immobile a semplice richiesta a D.B. o a persona da lui indicata, il valore di una dichiarazione negoziale unilaterale, senza avvedersi che di un tale negozio mancava la causa giuridica, che non avrebbe potuto essere identificata nell'esistenza di un previo (cioè anteriore all'acquisto) patto fiduciario, esistenza che la stessa Corte territoriale aveva prima negato. Secondo la ricorrente, l'onere di provare la sussistenza dell'accordo fiduciario a giustificazione causale dell'atto negoziale bilaterale spettava a D.B., avendo egli richiesto, ex art. 2932 c.c., una pronuncia costitutiva del trasferimento immobiliare oggetto del suddetto atto negoziale bilaterale.

Con il secondo motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 1174 e 1346 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3) si lamenta la nullità della scrittura del 28 marzo 2002 per carenza di elemento causale e, in ogni caso, per non contenere essa la specifica ed analitica descrizione degli immobili da trasferire. Sostiene la ricorrente che quando, come nel caso di specie, non sussista un sottostante accordo fiduciario tra le parti, non potrebbe riconoscersi validità ed efficacia all'atto unilaterale contenente l'impegno a trasferire l'immobile; sottolinea, poi, che la scrittura a firma della M. risulterebbe priva del requisito essenziale consistente nella indicazione precisa dei confini e dei dati catastali relativi agli immobili oggetto dell'impegno a trasferire. Inoltre, la scrittura in questione, contenente l'assunzione dell'impegno generico a trasferire la propria quota, anziché le specifiche e individuate porzioni immobiliari di pertinenza esclusiva della M., sarebbe inidonea a costituire valida fonte dell'obbligazione a trasferire per carenza assoluta del requisito della specifica determinazione della prestazione oggetto dell'impegno così formalmente dichiarato.

Il terzo motivo (omesso esame circa un fatto decisivo ai fini del giudizio che è stato oggetto di disamina tra le parti, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) concerne la censura di completa pretermissione, ad opera della Corte territoriale, della valenza probatoria di un'altra dichiarazione unilaterale, del 22 marzo 2002, con cui il D. dichiarava di aver versato al fratello A. (il quale si era assunto l'obbligo di ripartire la somma in parti uguali con gli altri fratelli, G., marito della M., e R.) l'ammontare degli affitti indebitamente percepiti dall'ottobre 1988 al febbraio 2002 dagli inquilini del fabbricato di (*OMISSIS*). Deduce la ricorrente che un tale documento, più volte segnalato, nel contraddittorio, all'esame del giudice, ove esaminato, avrebbe smentito la presupposta esistenza di un accordo fiduciario.

Sotto la rubrica «violazione o falsa applicazione del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46, e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, nonché dell'art. 2932 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4», il quarto motivo censura l'avvenuto trasferimento operato dal giudice del merito senza la indicazione degli estremi della licenza edilizia e/o della concessione edilizia ad edificare legittimante la realizzazione dei beni oggetto della sentenza costitutiva. Sostiene la ricorrente: che nell'atto del 1984, al momento dell'acquisto effettuato dalla M. e dal cognato A., il compendio compravenduto era costituito dal terreno e dal sovrastante edificio al rustico, realizzato con licenza del 1973 e successive varianti del 1975; che quando fu stipulato l'atto di compravendita i titoli edilizi erano ampiamente decaduti; che le successive opere di edificazione — che avevano consentito, tra l'altro, le suddivisioni interne e tutto quanto necessario alla ultimazione delle diverse unità residenziali, poi accatastate in proprietà esclusiva della M. e del cognato A. — necessitavano inderogabilmente di una nuova concessione edilizia finalizzata a legittimare l'esecuzione di tutte le opere di completamento. Ad avviso della ricorrente, il trasferimento giudiziale non avrebbe potuto essere disposto senza l'esatta indicazione dei titoli edificatori.

5. Fissata originariamente l'adunanza camerale e disposta, all'esito di questa, la rimessione della trattazione alla pubblica udienza, la Seconda Sezione di questa Corte, con ordinanza interlocutoria 5 agosto 2019, n. 20934, 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, sollevata con il primo motivo di impugnazione, concernente la forma dell'impegno di trasferimento assunto dal fiduciario.

L'ordinanza di rimessione segnala che ad un orientamento di gran lunga prevalente che richiede per il negozio fiduciario, ove involga diritti immobiliari, la forma scritta a pena di nullità, si è andato da ultimo contrapponendo un indirizzo che ritiene sufficiente, a fronte di un *pactum fiduciae* concluso oralmente, una dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna, in maniera attuale e precisa, a trasferire al fiduciante (ovvero ad un terzo da questo indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di detto precedente accordo fiduciario, dichiarazione che, nel realizzare la conservazione del preesistente rapporto, costituirebbe autonoma fonte di obbligazione per il soggetto che la sottoscrive, suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purché contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali.

Il più recente indirizzo, ad avviso del Collegio rimettente, presterebbe il fianco ad alcune critiche: in primo luogo perché il patto fiduciario, ove incida su diritti reali immobiliari, non potrebbe sfuggire alla forma scritta; in secondo luogo perché la dichiarazione unilaterale del fiduciario non potrebbe avere funzione ricognitiva retrospettiva e ancor meno ridursi alla confessione di un diritto reale altrui, dovendo «apparire, e nitidamente, attraverso il compiuto esame della vicenda fattuale (nel quale anche il dato temporale assume un significato niente affatto secondario), il precipitato della causa fiduciaria concreta».

6. Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite.

7. Nell'udienza di discussione il pubblico ministero — nel concludere per il rigetto dei primi due motivi di ricorso e per la rimessione alla Sezione semplice dell'esame degli ulteriori motivi — ha chiesto 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 ex art. 2932 c.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni unite concerne la forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare. Premesso che il patto fiduciario dà luogo ad un assetto di rapporti sul piano obbligatorio in forza del quale il fiduciario è tenuto verso il fiduciante a tenere una certa condotta nell'esercizio del diritto fiduciariamente acquistato, ivi compreso il ritrasferimento del diritto al fiduciante o a un terzo da lui designato, l'interrogativo sollevato dall'ordinanza interlocutoria è se possa ritenersi rispettato il requisito della forma scritta del patto fiduciario coinvolgente diritti reali immobiliari da una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che risulti espressione della causa fiduciaria esistente in concreto, pur se espressa verbalmente tra fiduciante e fiduciario; più in particolare, se valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire sia soltanto un atto bilaterale e scritto, coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti.

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

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

3.1. Il negozio fiduciario si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica:

all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1. Quando l'impegno all'ulteriore trasferimento ad opera del fiduciario riguardi un bene immobile, l'orientamento dominante condiziona la rilevanza del patto fiduciario alla circostanza che i soggetti abbiano consegnato in un atto scritto il *pactum*. Tale indirizzo, infatti, assimila, *quoad effectum*, il patto fiduciario, sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo a

ritrasferire da parte del fiduciario, al contratto preliminare, con la conseguente necessità di osservare la forma vincolata per *relationem* prevista dall'art. 1351 c.c.

In base a tale orientamento, il negozio fiduciario, nel quale sia previsto l'obbligo di una parte di modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da quest'ultimo designato, richiede la forma scritta *ad substantiam* qualora riguardi beni immobili, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare — per il quale l'art. 1351 c.c., prescrive la stessa forma del contratto definitivo — in relazione all'obbligo assunto dal fiduciario di emettere la dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto voluto dal fiduciante (Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5665; Cass., Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093).

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

Onere del fiduciante — si legge in Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, cit. — è quello «di dimostrare l'esistenza dell'accordo scritto fiduciario, che (ha) preceduto o accompagnato la stipula del contratto di acquisto, con l'assunzione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di retrocessione... del bene immobile».

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

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

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

Secondo questo orientamento, a monte della dichiarazione unilaterale con cui il soggetto, riconoscendo il carattere fiduciario dell'intestazione, promette il trasferimento del bene al fiduciante, può stare anche un impegno orale delle parti, e la dichiarazione unilaterale, in quanto volta ad attuare il *pactum* preesistente, ha una propria «dignità», che la rende idonea a

costituire autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione.

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

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

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

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

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

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

6. L'indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro *contrahere*) tra l'uno e l'altro negozio, sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell'*eadem ratio* del requisito di

forma imposto dall'art. 1351 c.c. In sostanza, si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 c.c., e l'art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio;

— le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori;

— i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato;

— l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pactum, di ritrasferire al fiduciante — o a un terzo da lui designato — il bene o la posizione di titolarità.

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

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

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

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

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

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

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

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

Il pubblico ministero ha infatti messo in luce che «non sussistono né principi generali dell'ordinamento, né disposizioni di legge che consentano di negare la possibilità di attribuire efficacia all'atto scritto unilaterale ricognitivo di un precedente negozio fiduciario tra le parti,

che in esecuzione di tale accordo, raggiunto nel rispetto del principio di libertà delle forme, contenga l'impegno a trasferire un immobile»: «non i principi in materia di forma, dominati dal principio della libertà delle forme, le cui deroghe non sono suscettibili di applicazione analogica ex art. 14 preleggi»; «non la necessaria liceità causale e meritevolezza dell'impegno negoziale assunto dalle parti, poiché la prospettiva più favorevole alla libertà delle forme non impedisce tale apprezzamento da parte del giudice chiamato a dirimere le relative controversie».

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

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

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

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

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

Nell'accertare con logico e motivato apprezzamento, alla stregua delle risultanze processuali, che l'operazione economica realizzata dalle parti configura effettivamente un negozio fiduciario, la Corte partenopea ha però collegato il diritto di D.B. ad ottenere la pronuncia ex art. 2932 c.c., non al patto concluso verbalmente — avendolo dichiarato nullo per difetto di forma, sulla premessa che «il negozio fiduciario, richiedendo la forma scritta *ad substantiam*, (è) nullo laddove difetti tale requisito formalistico» —, ma alla successiva dichiarazione fiduciaria della M., cogliendo in tale impegno «non... un negozio autonomo ma un... elemento dell'operazione fiduciaria». In sostanza, secondo la Corte territoriale, alla sussistenza di un collegamento negoziale, connotato al negozio fiduciario, tra l'atto di compravendita del 1984 e la scrittura privata del 2002 non è di ostacolo né il lungo lasso temporale tra i due atti, non essendo richiesta la contestualità dei due negozi, né la unilateralità della scrittura successiva, atteso che la produzione in giudizio con la dichiarata intenzione di valersene equivale ad accettazione.

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

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

D'altra parte, va anche escluso, per completezza, che ci si trovi di fronte ad una promessa priva di titolazione, giacché il dichiarato impegno della M. a ritrasferire la porzione del complesso immobiliare al cognato D. trova, appunto, la sua premessa giustificativa nella ricognizione del rapporto sotteso alla dissociazione tra la titolarità giuridica formale del bene in

capo all'interposta e la situazione di appartenenza economica sostanziale dello stesso in capo al fiduciante (essendo stato l'edificio «acquistato e poi completato dallo stesso D.B.», che ha provveduto anche a rimborsare «tutte le tasse e spese... sostenute» dall'intestatario).

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

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

È invero pacifico che già la sentenza di primo grado ritenne dimostrata, sulla base delle «espresse ed inequivocabili dichiarazioni rese dalla convenuta nella scrittura privata del 28 marzo 2002», l'esistenza della interposizione reale intervenuta tra la M. e il D. nella intestazione «dei beni immobili oggetto dell'atto stipulato per notaio Ma.Ma. in data (OMISSIS)», e, in accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., dichiarò pertanto trasferiti tali beni immobili in favore del D. o di persona da lui nominata.

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

— in primo luogo, là dove era stata ritenuta provata l'esistenza del *pactum fiduciae* in assenza di patto scritto, mancanza non sopperibile con la scrittura privata del 28 marzo 2002, la quale, avendo carattere confessorio, sarebbe stata idonea;

— in secondo luogo, là dove si era tenuto conto della transazione intervenuta con D.A. e P.P., nonostante si trattasse di *res inter alios acta*;

— in terzo luogo, in relazione all'erronea interpretazione della scrittura del 2002, dall'appellante ritenuta non idonea a sostenere le ragioni dell'attore, e alla circostanza che tale atto era intervenuto quando oramai il diritto dell'attore era prescritto;

— infine, con riguardo all'equivocità della formula utilizzata nel dispositivo della sentenza (apparentemente di accertamento, in realtà con effetti costitutivi ai sensi dell'art. 2932 c.c.) e alla mancanza di statuizioni concernenti le annotazioni nei pubblici registri immobiliari.

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

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

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

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

11. Il primo e il secondo motivo sono rigettati.

Ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c., la causa va rimessa alla Seconda Sezione per la

decisione, con separata sentenza, del terzo e del quarto motivo, il cui esame non dipende dalla soluzione del contrasto di giurisprudenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo e il secondo motivo di ricorso e rimette la causa alla Seconda Sezione per la decisione, con separata sentenza, del terzo e del quarto motivo.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 28 gennaio 2020.

Depositato in Cancelleria il 6 marzo 2020

(¹⁻²) **La forma del patto fiduciario.**

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le strutture del patto fiduciario. — 3. Il problema della forma del negozio fiduciario. — 4. Analisi critica della decisione delle Sezioni unite. — 5. Sulla forma «parziale». — 6. Sulla natura della dichiarazione unilaterale. — 7. Sulla non trascurabilità del problema della causa per la risoluzione del problema della forma. — 8. Sulla politica del diritto della sentenza.

1. *Introduzione.* — Recentemente in giurisprudenza hanno ricevuto attenzione due aspetti relativi alla validità ed all'efficacia del *pactum fiduciae* (¹): il primo concerne la forma del contratto fiduciario avente come oggetto, diretto o indiretto (²), beni immobili; il secondo concerne la qualificazione giuridica di un atto unilaterale (³) con il quale il fiduciario riconosca il proprio impegno di trasferire l'immobile.

È chiaro che dalla soluzione del primo problema dipende anche la soluzione del secondo, dato che la decisione circa la valenza — obbligatoria o meramente ricognitiva — della dichiarazione ed i conseguenti effetti che la stessa produce sono strettamente interrelati con la sussistenza, a monte, di un valido contratto. Un aspetto che occorre mettere in evidenza sin da subito, ma che sarà affrontato più approfonditamente nel prosieguo, concerne proprio l'approccio metodologico seguito, in maniera piuttosto esplicita, dalle pronunce in materia: infatti sovente la scelta in merito alla qualificazione giuridica della seconda dichiarazione è, nemmeno troppo velatamente, determinata dalla volontà di «salvare» comunque l'operazione realizzata col patto fiduciario, facendo sorgere l'obbligazione da tale dichiarazione qualora il primo *pactum* sia invalido per assenza di forma scritta (⁴).

Ma andiamo con ordine e partiamo dai fatti del caso deciso e dal contesto giuridico nel quale si pone il problema della forma del negozio fiduciario. Precisiamo che, chiaramente, il problema della forma si pone quando il patto abbia oggetto immobiliare ed è quindi a tale tipologia di accordi cui si farà riferimento.

(¹) L'espressione «*pactum fiduciae*» ricorre innumerevoli volte nella pronuncia delle Sezioni unite, che sembrano usarla in senso atecnico: infatti M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014, 6 sottolinea che, nella Pandettistica, il *pactum fiduciae* era solamente il patto che concerneva l'obbligo del fiduciario di utilizzare o destinare il bene in una determinata maniera.

(²) Il problema della forma scritta del *pactum fiduciae* si è posto anche nel caso in cui lo stesso concerna la titolarità di partecipazioni di società di persone che hanno tra i propri beni degli immobili, cfr. da ultimo Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, in *giustiziacivile.com*, 16 gennaio 2020, con nota di RINALDI. Tale sentenza afferma la necessità della forma scritta, seguendo l'interpretazione tradizionale che equipara *pactum fiduciae* e contratto preliminare, con le relative conseguenze in relazione al disposto dell'art. 1351 c.c.

(³) Sulla natura negoziale dell'atto unilaterale cfr. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1996, 416 ss., 558 ss.; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20689, in *Banca dati Pluris*; Cass., 24 aprile 2012, n. 6475, in *Banca dati Pluris*.

(⁴) Cfr. *infra* par. 8.

Al fine di analizzare criticamente detti aspetti, l'articolo procede come segue: in primo luogo, si presentano le strutture del patto fiduciario; in secondo luogo, si mette in luce come si ponga il problema della forma in relazione ad esso; in terzo luogo, si analizza la decisione delle Sezioni unite e si propone una critica delle argomentazioni che hanno giustificato la soluzione adottata; in quarto luogo, si prende in considerazione il problema della forma «parziale»; in quinto luogo, si esamina la natura giuridica della dichiarazione unilaterale; in sesto luogo, si analizza il problema della causa del patto fiduciario alla luce delle considerazioni svolte; infine, si propongono riflessioni sulla politica del diritto della sentenza.

2. *Le strutture del patto fiduciario.* — Il negozio fiduciario è volto a realizzare operazioni complesse e tra loro differenti. Infatti, come sottolineano le Sezioni unite, il contratto fiduciario non costituisce una fattispecie, ma una «casistica» sotto il cui nome si ritrovano accomunate situazioni disparate ⁽⁵⁾.

Se si dovesse individuarne l'elemento comune, necessario affinché si possa ritenere che sussista un negozio fiduciario, esso sarebbe da identificare nel fatto che un soggetto (fiduciario) gestisce un bene nell'interesse e secondo le indicazioni di un altro soggetto (fiduciante), generalmente con l'impegno di trasferire il bene a quest'ultimo o ad un terzo in un determinato momento o al verificarsi di determinate condizioni ⁽⁶⁾. Vi è quindi una scissione — in ragione della quale si afferma che la fiducia comporta un'interposizione reale — tra il titolare del bene e colui nell'interesse del quale il bene viene amministrato (e che, eventualmente, decide in merito alla sua gestione).

Se questo è il nucleo fondamentale che caratterizza l'operazione fiduciaria nella prassi, essa si distingue in una casistica ampia ed eterogenea, che genera differenti problemi giuridici.

Si distingue così tra una fiducia dinamica, dove l'immobile viene inizialmente trasferito dal fiduciante al fiduciario, oppure acquistato dal fiduciario da un terzo con fondi del fiduciante, ed una fiducia statica, dove l'immobile è già di titolarità del fiduciario, e la conclusione del *pactum fiduciae* deriva da un altro rapporto (generalmente di debito) che giustifica, da un punto di vista causale, l'assunzione dell'obbligazione da parte del fiduciario ⁽⁷⁾.

Si distingue altresì tra la *fiducia cum amico* ⁽⁸⁾, dove la conclusione del patto è generalmente giustificata in ragione dei particolari rapporti tra i due soggetti, dalla *fiducia cum*

⁽⁵⁾ Le Sezioni unite affermano che: «il negozio fiduciario si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti.»

⁽⁶⁾ Di seguito si tratterà di quella che viene usualmente definita fiducia romanistica, in contrapposizione al modello germanistico. Per un'approfondita disamina e distinzione di tali categorie cfr. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico, III) negozio fiduciario*, in *Enc. Treccani*, XX, Roma, Treccani, 1990, 1 s.; GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, Utet, 2014, 38 ss.; MARRA, *Fiducia e causa*, in *Dig. disc. priv.*, 2019, agg. XII, Torino, Utet, 2019, in *Banca dati Pluris*. Sul problema dell'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali, che non viene in questa sede affrontato, cfr. FRIGENI, *La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 186 ss.; CARNEVALI, *Il trasferimento e l'intestazione fiduciaria di valori mobiliari*, in *Gli aspetti civilistici e fiscali dell'intestazione fiduciaria*, *Atti del Convegno di Venezia del 5 giugno 1976*, Milano, Unione fiduciaria, 1976, 22 ss.; GINEVRA, *La partecipazione fiduciaria in s.p.a.*, Torino, Giappichelli, 2012; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991; JAEGER, *La separazione del patrimonio del fiduciario nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

⁽⁷⁾ Su tali categorizzazioni v. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964, 181 ss.; GENTILI, *La fiducia: tipi e problemi (e una proposta di soluzione)*, in *La fiducia e i rapporti fiduciari*, a cura di Ginevra, Milano, Giuffrè, 2012, 36 ss.; ID., *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, Longanesi, 1978, 64 ss.; CARNEVALI, voce *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, (nt. 6), 1 ss.; V.M. TRIMARCHI, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 38 ss.

⁽⁸⁾ Per un inquadramento generale in chiave storica cfr. BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di Pepe, Padova, Cedam, 2008, 49 ss.

creditor ⁽⁹⁾, dove la conclusione del patto è giustificata dal rapporto creditorio sussistente tra le parti.

Alla diversità di tale casistica corrisponde una diversità causale del negozio fiduciario: il tema sarà affrontato in seguito ⁽¹⁰⁾, ora basti mettere in evidenza che non solo dottrina e giurisprudenza si confrontano sull'unicità o la duplicità dei contratti, ma anche sull'onerosità della causa: mentre in alcuni casi l'obbligazione del fiduciario si giustifica in ragione della (precedente o contestuale) assunzione dell'obbligazione da parte del fiduciante, in altri, specialmente nella *fiducia cum amico*, la causa presenta sovente aspetti di liberalità.

Al fine di esaminare criticamente la decisione della Suprema Corte che si è pronunciata sui due aspetti sopra evidenziati è innanzitutto necessario richiamare in maniera sintetica i fatti del caso deciso.

Esso concerne un contratto fiduciario concluso tra familiari nel 1984: due fratelli e la moglie di uno di questi avevano acquistato con denaro di un terzo fratello un immobile, impegnandosi a restituirlo a quest'ultimo o ad altra persona da questi indicata a sua richiesta. Il fiduciante assumeva anche, come provato nel corso di causa, l'obbligo di pagare tutte le spese e le imposte relative all'immobile. A tale patto, concluso in forma orale, seguivano due scritture in data 28 marzo 2002, sottoscritte da due fiduciari, con le quali questi ultimi riconoscevano la titolarità dell'immobile in capo al fiduciante e si impegnavano a trasferirlo allo stesso a semplice richiesta ⁽¹¹⁾.

Dato che i fiduciari si rifiutavano di adempiere, il fiduciante agiva per ottenere il trasferimento dell'immobile — quindi, una pronuncia costitutiva *ex art. 2932 c.c.* — in ragione del negozio fiduciario intercorso.

Le due questioni che approdano alle Sezioni unite, strettamente connesse, riguardano da un lato la forma del patto fiduciario, dall'altro, la natura giuridica della dichiarazione unilaterale contenente l'impegno al trasferimento.

3. *Il problema della forma del negozio fiduciario.* — La prima questione, che occupa gran parte della pronuncia delle Sezioni unite e dalla cui soluzione dipende la seconda — si potrebbe dire che tramite la soluzione della prima si elimina il problema posto dalla seconda —, affronta il dibattuto tema della forma del contratto fiduciario.

Nella giurisprudenza di legittimità si era infatti recentemente aperto un contrasto sul tema ⁽¹²⁾: a fronte di un orientamento risalente e consolidato, che affermava la necessità della forma scritta ⁽¹³⁾, si era recentemente contrapposto un orientamento che considera invece, almeno apparentemente ⁽¹⁴⁾, il negozio fiduciario soggetto alla libertà della forma ⁽¹⁵⁾.

⁽⁹⁾ Per un inquadramento generale cfr. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditor*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Vacca, Torino, Giappichelli, 2003, 257 ss. Sul trasferimento dei crediti in garanzia ed il patto fiduciario cfr. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in questa *Rivista*, 2018, I, 719 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. più approfonditamente par. 7.

⁽¹¹⁾ La scrittura recita: «io sottoscritta M.V. in D., nata a (OMISSIS), riconosco che mio cognato D.B. è l'unico proprietario dell'intero complesso immobiliare sito in (OMISSIS), alle vie (OMISSIS), nel suo attuale stato intestato a mio cognato D.A. ed a me medesima, giusto atto del notaio Ma. del (OMISSIS), ma acquistato e poi completato dallo stesso D.B. Riconosco che mio cognato D.B. mi ha versato tutte le tasse e spese da me sostenute. M'impegno, per la mia quota, a ritrasferirlo a semplice richiesta a lui o a persona da lui designata».

⁽¹²⁾ Ma cfr. sul punto le osservazioni di GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2019, 1478-1479, il quale sottolinea come il contrasto non fosse in realtà esistente, quantomeno sotto il profilo dell'argomentazione razionale.

⁽¹³⁾ Tra le ultime cfr. Cass., 17 settembre 2019, n. 23093, (nt. 2); Cass., ord., 25 maggio 2017, n. 13216, in *Banca dati Pluris*; Cass., 26 maggio 2014, n. 11757, in *Banca dati Pluris*; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. it.*, 2012, 1045, con note di con note di PERROTTA; MICHETTI; Cass. 2011, n. 8001, in *Riv. notariato*, 2011, 1428; Cass., 13 ottobre 2004, n. 20198, in *Contratti*, 2005, 437, con nota di VALENTINI.

⁽¹⁴⁾ In Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Giur. it.*, 2015, 582, con nota di STEFANELLI; in

L'orientamento tradizionale era fondato sull'analogia tra contratto fiduciario e contratto preliminare ⁽¹⁶⁾. Così come l'art. 1351 c.c. prevede che il preliminare debba avere la stessa forma del definitivo — che nel caso di trasferimento immobiliare deve avere ovviamente forma scritta *ex art. 1350 c.c.* — così si è affermato costantemente che anche il patto fiduciario debba avere forma scritta ⁽¹⁷⁾. Argomentando a partire dall'art. 1325, n. 4 c.c., che porrebbe come necessaria un'indagine interpretativa della necessità del requisito di forma, poiché la disposizione prevede che la forma sia necessaria quando «risulta» dalla legge ⁽¹⁸⁾, si supera l'interpretazione rigidamente tassativa che potrebbe ricavarsi dall'art. 1350, comma 1, n. 13 c.c.

L'interpretazione estensiva dell'art. 1350, comma 1, nn. 1-12 c.c. ⁽¹⁹⁾ porta a ritenere necessaria la forma scritta ogniqualvolta il contratto abbia immediato o mediato oggetto immobiliare e, quindi, anche nel caso del contratto fiduciario: tale interpretazione è stata adottata sia dalla giurisprudenza ⁽²⁰⁾, sia dalla dottrina ⁽²¹⁾.

Una soluzione analoga è stata adottata in tema di scioglimento per mutuo dissenso del contratto avente oggetto immobiliare: a fronte di un dibattito dottrinale molto intenso in merito agli effetti ed ai requisiti di forma del mutuo dissenso relativo a tali accordi ⁽²²⁾, la giurisprudenza afferma costantemente che tale patto deve avere forma scritta ⁽²³⁾. Il nuovo orientamento

Contratti, 2015, 12, con nota di PATRONE; in *Resp. civ. prev.*, 2015, 140, con nota di CORALLO si afferma tratteggiatamente la validità del negozio concluso in forma orale, ma sembra far discendere gli effetti obbligatori dalla dichiarazione unilaterale.

⁽¹⁵⁾ Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, (nt. 14). Le Sezioni unite affermano che tale principio si ricaverrebbe anche da due precedenti pronunce, ossia Cass., 30 gennaio 1985, n. 560, in *Dir. e giur.*, 1987, 268; Cass., 27 agosto 2012, n. 14654, in *Notariato*, 2012, 629. Se la prima pare effettivamente aderire alla libertà della forma del negozio fiduciario immobiliare, sulla seconda si può nutrire più di un dubbio, anche in quanto essa aveva ad oggetto l'intestazione fiduciaria di somme in conto corrente: l'affermazione circa la libertà della forma in assenza di un'esplicita previsione normativa non sembra possa quindi portare direttamente alla conclusione secondo cui la Corte avrebbe affermato la possibilità di concludere in forma orale negozi fiduciari aventi oggetto immobiliare.

⁽¹⁶⁾ Sottolinea tale analogia PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, Giuffrè, 1998, 353 s., da cui deriva l'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. La giurisprudenza e la dottrina hanno invece da tempo respinto gli accostamenti tra negozio fiduciario e negozio simulato, poiché l'interposizione del fiduciario è reale, cfr. SACCO, voce *Fiducia*, in *Dig. disc. priv.*, agg. VII, Torino, Utet, 2012, 511-512; FRANZONI, *Il contratto fiduciario e il contratto indiretto*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e P. Rescigno e coordinato da Zoppini, III, *Le obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 838-840; Cass., 10 aprile 2013, n. 8682, in *Mass giust. civ.*, 2013; Cass., 2 aprile 2009, n. 8024, in *Notariato*, 2009, 365. Sul punto cfr. altresì ROLFI, *Simulazione ed interposizione: profili (anche) processuali di una distinzione da rielaborare*, in *Corr. giur.*, 2014, 620 ss. Sulla distinzione tra interposizione fittizia e reale cfr. ALCARO, *Brevi note su interposizione "fittizia" e interposizione "reale"*, in *Vita not.*, 2018, 537 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. nt. 13.

⁽¹⁸⁾ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1985, 86.

⁽¹⁹⁾ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, Utet, 2016, 738 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, Cedam, 2015, 279 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, 246. In relazione ad una possibile interpretazione analogica delle disposizioni sulla forma cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, Esi, 1987, 53 ss.; IRTI, (nt. 18), 90-91. Per una ricostruzione del dibattito cfr. MESSINA, *«Libertà di forma» e nuove forme negoziali*, Torino, Giappichelli, 2004, 77 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. nt. 13.

⁽²¹⁾ SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 738 ss.; S. SICA, *Sub art. 1350*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2003, 343; PAGLIANTINI, *Sub art. 1350*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 82; GENTILI, (nt. 12), 1478 ss.

⁽²²⁾ Cfr. sul tema FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2013, 45 ss., 75 ss.; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, Giuffrè, 2015, 313 ss.; ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, Napoli, Esi, 2013, 101 ss.; ORLANDO, *Mutuo dissenso di contratto ad effetti reali*, in *Contratti*, 2016, 371 ss.

⁽²³⁾ Cfr. *ex multis* Cass., ord., 22 febbraio 2018, n. 4313, in *Imm. prop.*, 2018, 259; Cass., 26 giugno 2015, n. 13290, in *Giust. civ. mass.*, 2015; Cass., 19 febbraio 2014, n. 3935, in *Riv. giur.*

inaugurato in tema di patto fiduciario ed anche di mandato senza rappresentanza si pone quindi in contrasto con quello relativo al mutuo dissenso.

Occorre precisare che, da un punto di vista empirico, la posizione che richiede la forma scritta per la validità del negozio fiduciario presenta una serie di problemi, specialmente in relazione alla *fiducia cum amico*, dove, anche in ragione dei rapporti intercorrenti tra le parti, raramente viene concluso un contratto scritto, essendo più spesso presente solamente un accordo orale. È proprio in ragione di tale aspetto che alcune pronunce si sono almeno apparentemente discostate dall'orientamento tradizionale ed hanno adottato soluzioni volte ad affermare la validità del patto, pure in assenza di un vero e proprio accordo scritto.

Ad esempio, un *escamotage* adottato nei casi in cui, alla conclusione del patto in forma orale, sia seguita una dichiarazione unilaterale da parte del fiduciario (che, in quanto atto unilaterale, pone notevoli problemi di validità), è quello di considerare tale atto unilaterale come contratto, in ragione del principio secondo cui, quando una parte produce in giudizio una scrittura sottoscritta solo dal convenuto, implicitamente la accetta e questo comporta conclusione del contratto⁽²⁴⁾.

Altresì vi è chi ha affermato che la dichiarazione integri la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. e che, quindi, si tratti in realtà di un contratto unilaterale⁽²⁵⁾.

Queste soluzioni, che non sono adottate nel caso di specie, presentano esse stesse notevoli problemi. In primo luogo, esse non sono sempre esperibili, in quanto non sempre vi è una dichiarazione unilaterale e, inoltre, esse non possono trovare applicazione nei casi in cui la dichiarazione abbia tono ricognitivo e non di promessa. In secondo luogo, entrambe le soluzioni introducono un problema temporale⁽²⁶⁾, in quanto il contratto dovrebbe considerarsi concluso nel primo caso al momento della produzione in giudizio, nel secondo al momento della scrittura unilaterale, con il problema relativo all'incertezza dell'effettivo compimento di questi atti (e, quindi, in merito all'effettiva conclusione del *pactum fiduciae* nel futuro oppure no), oltre che in merito alla regolazione del rapporto (infatti, tali dichiarazioni usualmente non richiamano e non regolano i comportamenti e gli adempimenti precedenti, cosicché tali comportamenti rimangono in un limbo giuridico); in terzo luogo, tali soluzioni generano ambiguità in relazione alla causa, nel senso che il patto scritto relativo all'assunzione dell'obbligazione di trasferimento concerne per l'appunto solo tale obbligazione, senza includere le obbligazioni assunte dal fiduciante, né le obbligazioni gestorie del fiduciario, cosicché il patto scritto riguarderebbe solamente una parte dell'accordo e non ne esprimerebbe la causa⁽²⁷⁾. Né ci sembra che si possa risolvere la questione argomentando che si tratta di contratti collegati, ma separati e che, quindi, la forma scritta dovrebbe riguardare solamente l'impegno al trasferimento, poichè tale

edilizia, 2014, I, 1083; Cass., 31 ottobre 2012, n. 18844, in *Fall.*, 2013, 995; Cass., 14 aprile 2011, n. 8504, in *Banca dati Pluris*.

⁽²⁴⁾ Tale soluzione era stata adottata in Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1591, che aveva anch'essa ad oggetto un caso di intestazione fiduciaria, ed è stata poi ribadita in Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, 1114, con nota di TUCCI; Cass., 12 gennaio 2006, n. 419, in *Mass. Giur. it.*, 2006; *contra*, quando si tratta di nullità di protezione, Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, 1110, con nota di TUCCI; in *Contratti*, 2016, 1094, con nota di GIULIANI.

⁽²⁵⁾ Sul rapporto tra contratto unilaterale ed atto unilaterale cfr. A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, Giuffrè, 2006, 215-220. Cfr. altresì la ricostruzione di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1969, 185 ss., che mette in discussione la distinzione tra contratto unilaterale ed atto unilaterale. V. altresì la nota critica alla bilateralità del contratto di SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 221 ss., 102, e le obiezioni di G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, Utet, 2006, 21 ss.

⁽²⁶⁾ Il quale si salda con il problema della prescrizione, su cui cfr. CERDONIO CHIAROMONTE, *La prescrizione nel negozio fiduciario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 345 ss.

⁽²⁷⁾ Su tale aspetto cfr. par. 7. Sul problema dell'*expressio causae* cfr. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, Giappichelli, 2011; M. BARCELLONA, *Della causa*, Padova, Cedam, 2015, 301 ss.

separazione sarebbe meramente artificiale (ma su questo aspetto si ritornerà più approfonditamente in seguito) ⁽²⁸⁾.

Alla luce dei problemi generati dall'orientamento tradizionale, che prevede la necessità della forma scritta, la sentenza che ha dato luogo al contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite se ne è discostata; rompendo l'analogia tra patto fiduciario e contratto preliminare e facendo applicazione del principio della libertà delle forme, la Cassazione ha asserito che il *pactum fiduciae* possa essere concluso anche in forma orale. L'eventuale trasferimento iniziale dell'immobile, così come il trasferimento finale dal fiduciario al fiduciante, devono necessariamente avere forma scritta; è invece libera la forma del *pactum*, che è quindi valido anche se concluso in forma orale ⁽²⁹⁾.

Occorre peraltro precisare che tale secondo orientamento è in realtà ambiguo, in quanto la pronuncia della Suprema Corte del 2014 pare affermare che l'obbligazione di ritrasferimento deriverebbe dalla dichiarazione unilaterale ⁽³⁰⁾, senza argomentare in maniera convincente sul punto. Infatti, a parte un riferimento alla validità del patto fiduciario orale, la sentenza del 2014 riconduce l'effetto obbligatorio alla successiva dichiarazione unilaterale ⁽³¹⁾.

L'ordinanza di rimessione ⁽³²⁾ evidenzia i termini giuridici della questione e propende per la conservazione dell'orientamento tradizionale. Le Sezioni unite, invece, se ne discostano, giungendo ad affermare la libertà della forma del negozio fiduciario.

4. *Analisi critica della decisione delle Sezioni unite.* — La pronuncia in commento effettua un *revirement* rispetto alla giurisprudenza maggioritaria ed afferma la libertà della forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare. Tale soluzione è adottata seguendo il nuovo

⁽²⁸⁾ Cfr. par. 7.

⁽²⁹⁾ Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, (nt. 15).

⁽³⁰⁾ Rileviamo che, anche in relazione al problema della forma del mandato, il *revirement* della Corte di Cassazione era stato preceduto da pronunce che avevano riconosciuto l'efficacia obbligatoria di una dichiarazione unilaterale ricognitiva dell'impegno, cfr. Cass., 21 novembre 1975, n. 3911, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 984; T. Latina, 2 settembre 1991, in *N. dir.*, 1991, I, 847, con nota di LOTTO; *contra* invece Cass., 23 dicembre 1987, n. 9634, in *Corr. giur.*, 254, con nota di MARICONDA.

⁽³¹⁾ La sentenza afferma infatti: «l'impegno di ritrasferimento, che trae le sue origini dal *pactum fiduciae* concluso oralmente dai coniugi, ha una sua autonoma fonte nella dichiarazione unilaterale del 16.3.2001, riprodotta integralmente dal V. nel ricorso, che costituisce un atto unilaterale ricognitivo del precedente negozio fiduciario tra le parti e sulla base ed in esecuzione di quell'accordo contiene ed esprime chiaramente un impegno attuale in capo alla moglie. Infatti, essa contiene un impegno preciso al ritrasferimento della proprietà dei quattro beni immobili, individuati con estrema precisione nell'atto, acquistati con il denaro del marito in virtù dell'accordo fiduciario, in favore del marito stesso [...] Tuttavia, e senza con ciò porsi in contraddizione con i consolidati arresti giurisprudenziali sopra indicati, occorre ricordare che una dichiarazione unilaterale non costituisce necessariamente ed esclusivamente una semplice promessa di pagamento, di valore meramente ricognitivo rispetto ad un impegno ad essa esterno. 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. 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 del suo spontaneo adempimento da parte 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 degli immobili da trasferire.» La pronuncia riapre quindi numerosi problemi, tra cui quello della possibilità di promesse unilaterali atipiche, oltre che della loro validità nonostante l'apparente astrattezza (di cui si dirà più approfonditamente *infra*), oltre a quello concernente la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, su cui cfr. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1995, 29 ss.

⁽³²⁾ Cass., 5 agosto 2019, n. 20934, in *Corr. giur.*, 2019, 1473, con nota di GENTILI; in *Contratti*, 2020, 57, con nota di CARNEVALI; in *Giur. it.*, 2020, 283, con nota di VALENZA; in *giustiziacivile.com*, 31 ottobre 2019, con nota di AMENDOLAGINE.

orientamento tracciato dalla Cassazione in materia di mandato senza rappresentanza⁽³³⁾, che ha recentemente ribaltato l'orientamento consolidato che richiedeva la forma scritta⁽³⁴⁾ poiché il contratto mira a realizzare, come effetto finale, il trasferimento immobiliare⁽³⁵⁾.

In primo luogo, le Sezioni unite abbandonano l'analogia tra fiducia e contratto preliminare e tracciano invece un parallelismo con il mandato senza rappresentanza, affermando che: «nel rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, il *pactum fiduciae* — con cui il fiduciario si obbliga a gestire la posizione giuridica di cui è investito secondo modalità predeterminate e a ritrasferire la stessa al fiduciante — è assimilabile, ad avviso del Collegio, al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare». Aderendo quindi all'orientamento secondo cui il mandato senza rappresentanza con oggetto immobiliare non sarebbe sottoposto a vincoli di forma⁽³⁶⁾, estendono il principio al negozio fiduciario.

Infatti, mentre la forma scritta è prevista per il contratto preliminare poiché lo stesso è strumentale alla produzione dell'effetto reale, tale requisito non sussisterebbe nel caso del contratto fiduciario, il quale sarebbe funzionale a conformare il diritto di proprietà il cui trasferimento si è già prodotto. Il requisito di forma riguarderebbe quindi solamente il patto di ritrasferimento finale (e, eventualmente, l'atto di trasferimento iniziale).

A prescindere dai problemi di tale impostazione in relazione al profilo della causa — che la sentenza tralascia in quanto asseritamente non decisivi, ma che in realtà si rivelano imprescindibili anche per il problema della forma⁽³⁷⁾ — la soluzione si espone a numerose critiche, specie per le argomentazioni addotte.

In primo luogo, la Suprema Corte distingue il contratto fiduciario dal preliminare asserendo che nel patto fiduciario l'effetto traslativo sarebbe antecedente al patto e, quindi, quest'ultimo non sarebbe funzionale alla produzione di un effetto reale. Tale argomentazione⁽³⁸⁾, tuttavia, è debole, in quanto l'impegno di trasferire il bene immobile che rileva rispetto al negozio fiduciario non è il primo (eventuale) trasferimento (che deve comunque avere forma scritta), quanto il secondo, ossia l'obbligo di ritrasferire dal fiduciario al fiduciante,

⁽³³⁾ Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, in *Giur. it.*, 2014, 268, con nota di MARANGONI; in *Contratti*, 2014, 675, con nota di BUDA; in *Corr. giur.*, 2013, 1504, con nota di MARICONDA. Tale orientamento è stato seguito da Cass., 28 ottobre 2016, n. 21805, in *Banca dati Pluris*.

⁽³⁴⁾ Esempi del precedente orientamento consolidato sono Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, in *Danno e resp.*, 2003, 728; in *Giur. it.*, 2003, 1864; Cass., 18 giugno 1998, n. 6060, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 1347; Cass., sez. un., 19 ottobre 1954, n. 3861, in *Foro it.*, 1955, I, 9. In dottrina cfr. SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 744-748; GALGANO, (nt. 19), 280-281; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1984, 375 ss.; CALVO, *Caratteri requisiti, contenuto*, in *Il mandato*, diretto da Cuffaro, Bologna, Zanichelli, 2011, 11 ss.; A. RICCI, *Sulla forma del mandato*, in *Contr. e impr.*, 2002, 682 ss.; DI MARCO GENTILE, *Sulla forma del mandato ad acquistare beni immobili*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, ESI, Napoli, 1988, 147 ss. *Contra* STOLFI, nota sub Cass., 14 giugno 1952, n. 1721 e Cass., 9 maggio 1952, n. 1316, in *Foro it.*, 1952, I, 1361-1362; SETTESOLDI, *La forma del mandato*, in *Il mandato*, a cura di Alcaro, Milano, Giuffrè, 2000, 255 ss.

⁽³⁵⁾ GENTILI, *La forma*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, 76; BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, Giuffrè, 2006, 663 ss. Sul problema della forma del mandato avente ad oggetto l'acquisto di un bene immobile, sul dibattito avvenuto negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso e su come giurisprudenza e dottrina avessero risolto in maniera pressoché univoca, propendendo per la necessità della forma scritta, cfr. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, Utet, 1994, 161, nt. 55.

⁽³⁶⁾ Cfr. nt. 33.

⁽³⁷⁾ Cfr. par. 7.

⁽³⁸⁾ Criticata da GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2020, 605-608; VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione*, in *Persona e mercato*, 2020, 169. La approva invece CARNEVALI, *Le Sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 2020, 268 s.

che è peraltro l'aspetto che caratterizza l'operazione fiduciaria, diversamente dal trasferimento iniziale che, nella maggior parte della casistica, è persino assente⁽³⁹⁾. Tale porzione dell'operazione è del tutto analoga al preliminare, soprattutto per quanto riguarda gli effetti obbligatori in relazione al trasferimento del diritto reale, tanto più che l'obbligazione è tutelabile tramite l'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c.⁽⁴⁰⁾. Impostata così la questione, la distinzione rispetto al preliminare sembra svanire completamente, non giustificandosi quindi l'inapplicabilità dell'art. 1351 c.c.

Come detto, contestata l'analogia col preliminare, le Sezioni unite asseriscono che il contratto fiduciario deve essere piuttosto assimilato ad un mandato senza rappresentanza; tale accostamento implica il richiamo alla giurisprudenza del 2013⁽⁴¹⁾ in materia, che con un *revirement* ha modificato l'indirizzo consolidato ed ha asserito che tale mandato non debba avere forma scritta.

Se l'analogia tra mandato e patto fiduciario è ricorrente nell'analisi della dottrina⁽⁴²⁾, che ha spesso ricondotto lo schema del secondo al primo, lasciano invece perplessi le conseguenze che la Corte ne trae. Infatti, il nuovo orientamento in materia di mandato è contestato e presenta notevoli problematichità. In estrema sintesi, le argomentazioni che hanno condotto la Suprema Corte al *revirement* in materia sono le seguenti: in materia di mandato non vi sarebbero «le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto»⁽⁴³⁾ in ragione delle quali è prevista la forma scritta, poiché il mandato senza rappresentanza genera effetti obbligatori, ma non reali, dato che il successivo obbligo di ritrasferimento deriverebbe *ex lege* dall'art. 1706 c.c.; esso, inoltre, regola solamente i rapporti fra le parti, ma non incide sui rapporti coi terzi; infine gli artt. 1350 e 1351 c.c. sarebbero disposizioni eccezionali, non passibili di interpretazione analogica né estensiva⁽⁴⁴⁾. Tuttavia, senza ripercorrere in questa sede il dibattito dottrinale generato dalla pronuncia, basti dire che, se è vero che il mandato ha effetti obbligatori, è al tempo stesso vero che l'obbligo di ritrasferimento è parte integrante del mandato con oggetto immobiliare; d'altro canto, l'obbligo di ritrasferimento previsto *ex lege* trova la propria ragione nella valida sussistenza di un contratto di mandato ed è pertanto difficile sostenere che lo schema del mandato si discosti da quello del contratto preliminare⁽⁴⁵⁾. Inoltre, si è affermato che gli artt. 1350 e 1351 c.c. sono disposizioni speciali, non eccezionali, e, quindi, che possono essere oggetto di un'applicazione estensiva⁽⁴⁶⁾.

Di conseguenza, l'analogia con la giurisprudenza relativa al mandato senza rappresentanza non pare decisiva, anche in ragione delle critiche cui tale orientamento è sottoposto.

Infine, non pare nemmeno adeguato il terzo ordine di motivi posto dalla Corte alla base

⁽³⁹⁾ Cfr. M. LUPOI, (nt. 1), 24.

⁽⁴⁰⁾ La giurisprudenza estende infatti la tutela dell'esecuzione in forma specifica in ogni situazione in cui vi sia un obbligo a contrarre, cfr. Cass., 30 marzo 2012, n. 5160, in *Banca dati Pluris*.

⁽⁴¹⁾ Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, (nt. 33).

⁽⁴²⁾ SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 746; FRANZONI, (nt. 16), 840; GENTILI, *Società fiduciarie*, (nt. 7), 85 ss.; PALERMO, (nt. 16), 347 s. ed i riferimenti ivi menzionati; GALLO, (nt. 6), 55 ss.; CHINÉ, *Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e « pactum fiduciae » a confronto*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 581 ss.; critico invece ALCARO, *Sub art. 1704*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 343.

⁽⁴³⁾ Cass., 2 settembre 2013, n. 20051, (nt. 33).

⁽⁴⁴⁾ In dottrina così già M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 1005 s.; Id., *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, Giuffrè, 1951, 413 ss.; STOLFI, nota *sub* Cass., 23 ottobre 1954, n. 4020 e Cass., Sez. un., 19 ottobre 1954, n. 3861, in *Foro. it.*, 1955, I, 9.

⁽⁴⁵⁾ BUDA, *Forma del mandato ad acquistare beni immobili ed esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Contratti*, 2014, 683 ss.

⁽⁴⁶⁾ G. MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 653; SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 743 s.; GENTILI, (nt. 12), 1479; LISERRE, voce *Forma degli atti I) Diritto civile*, in *Enc. Treccani*, XIV, Roma, Treccani, 2007, 3 s.; cfr. sul punto anche nt. 19.

della propria decisione, di cui si dirà più approfonditamente in seguito ⁽⁴⁷⁾, secondo cui una decisione diversa avrebbe come conseguenza la sostanziale inibizione del fenomeno sociale della *fiducia cum amico* ⁽⁴⁸⁾.

Da un lato, l'affermazione ha evidentemente carattere metagiuridico; dall'altro, si può dubitare che sia poi così opportuno favorire il fenomeno della *fiducia cum amico*, addirittura modificando le regole sulla forma degli accordi relativi alla circolazione dei beni immobili, che trova la propria *ratio* nella volontà di rendere certa la titolarità dei diritti su determinati beni ritenuti di particolare valore, cosicché l'obiettivo della rapida circolazione della ricchezza cede il passo a modalità che assicurino una maggiore certezza del diritto, anche in relazione all'effettività della volontà di trasferirlo ⁽⁴⁹⁾.

5. *Sulla forma «parziale».* — Considerata la problematicità dell'orientamento che ammette la validità del patto fiduciario concluso in forma orale e, al tempo stesso, in un'ottica di conservazione del *pactum fiduciae*, un'autorevole dottrina ha proposto di considerare la dichiarazione unilaterale come «pezzo» del negozio: dato che l'impegno di ritrasferimento dell'immobile risultante dalla dichiarazione sarebbe l'unico ad avere come oggetto diritti per la cui disposizione è necessaria la forma scritta, il requisito di forma sarebbe rispettato ⁽⁵⁰⁾. Tale indirizzo mantiene ferma la necessità della forma scritta, ma al tempo stesso permette di salvaguardare la validità del patto che non risulti integralmente da una scrittura privata, senza attribuire efficacia obbligatoria ad una promessa unilaterale atipica.

Nonostante la soluzione sia apprezzabile da un punto di vista funzionale, essa genera alcuni dubbi in merito sia al modo di intendere il requisito di forma, sia in merito alla sua reale effettività.

Sotto il primo profilo, è noto che da tempo la giurisprudenza ha avviato un ripensamento del significato da attribuire al requisito della forma scritta *ad substantiam*. Infatti, mentre un orientamento più risalente riteneva che essa dovesse concernere tutte le pattuizioni del contratto ⁽⁵¹⁾, numerose sentenze sembrano invece optare per una soluzione meno rigida, che richieda la forma scritta solamente per gli elementi essenziali; in ogni caso, tuttavia, non si dubita che quantomeno gli elementi essenziali del contratto debbano rispettare il requisito di forma ⁽⁵²⁾.

Fra questi elementi rientrano la sottoscrizione di entrambe le parti ⁽⁵³⁾, nonché l'assunzione dei reciproci impegni. Quanto al profilo della sottoscrizione, è noto il dibattito relativo al

⁽⁴⁷⁾ Cfr. par. 8.

⁽⁴⁸⁾ Si afferma infatti che: «D'altra parte, la dimensione pratica del fenomeno fiduciario, quale emerge dal contesto complessivo delle controversie venute all'esame dei giudici, offre un quadro variegato di accordi fiduciari verbali tra coniugi, conviventi e familiari relativi alla intestazione di immobili acquistati in tutto o in parte con denaro di uno solo di essi, nel quale le parti, per motivi di opportunità, di lealtà e di fiducia reciproca, sono restie a consegnare in un atto scritto il *pactum* tra di esse intervenuto. Proprio rivolgendo l'analisi all'esperienza e ai modi di attuazione dei comportamenti, un'autorevole dottrina è giunta alla conclusione che condizionare all'osservanza della forma scritta la validità del patto fiduciario significherebbe praticamente escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di *fiducia cum amico*, dato che la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento, escludendone la fiduciarità dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico.»

⁽⁴⁹⁾ GALGANO, (nt. 19), 282 s.; C.M. BIANCA, (nt. 19), 248 s.; sulle funzioni della forma del contratto cfr. MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari, P. Rescigno e coordinato da Zoppini, III, *Le obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, Giuffrè, 2009, 322 ss.

⁽⁵⁰⁾ GENTILI, (nt. 12), 1480.

⁽⁵¹⁾ Cass., 21 giugno 1999, n. 6214, in *Contratti*, 1999, 1015; GALGANO, (nt. 19), 285 ss.

⁽⁵²⁾ Cass., 9 ottobre 2014, n. 21352, in *Notariato*, 2015, 76; Cass., 1 febbraio 2013, n. 2473, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Mass. foro it.*, 2008; GALGANO, (nt. 19), 285 ss.

⁽⁵³⁾ GALGANO, (nt. 19), 287; Cass., 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, 1355 nota di CHINÈ; in *Contratti*, 2002, 241, con nota di RUGGERI.

cosiddetto «contratto monofirma»⁽⁵⁴⁾ ed alle costruzioni dottrinali necessarie per ritenere che l'orientamento espresso dalle Sezioni unite non sia *contra legem*⁽⁵⁵⁾; tuttavia, la riflessione relativa al «contratto monofirma» ed al principio di diritto affermato dalla Suprema Corte non risulta per nulla pertinente nel caso del negozio fiduciario, dove tra l'altro non sussistono né la prospettiva funzionale, né gli obblighi informativi.

Di conseguenza, dall'atto scritto non deve risultare solamente l'impegno al ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante, ma anche gli impegni gestori assunti dal fiduciario ed altresì l'assunzione degli impegni da parte del fiduciante (come, ad esempio, il provvedere i fondi necessari all'acquisto dell'immobile, l'impegno alle spese di manutenzione ed i relativi tributi). Senza tali impegni, infatti, sia l'oggetto del patto, sia la sua causa risultano parziali e non espressi dall'atto scritto. Il fatto che il contratto sia «muto» sotto tali profili rende il requisito della forma comunque non rispettato, poiché mancano alcuni elementi essenziali dell'accordo, che giustificano l'assunzione dell'impegno del fiduciario.

Per quanto concerne il secondo profilo problematico, si rileva che non è affatto detto che la dichiarazione scritta sia rilasciata al momento della conclusione dell'accordo; anzi, spesso avviene che essa sia rilasciata in un momento posteriore (come nel caso deciso dalla Suprema Corte, in cui la dichiarazione era di quasi vent'anni successiva). In tale caso, ed anche soppesando alle questioni precedentemente evidenziate, *quid iuris* delle situazioni giuridiche (e delle prestazioni) nel frattempo intervenute?

Se il contratto è concluso al momento della dichiarazione (che, d'altronde, potrebbe pure non essere mai rilasciata e, quindi, secondo l'impostazione qui discussa, dovrebbe ritenersi che il contratto potrebbe non essere mai concluso), ne consegue che tutte le prestazioni nel frattempo eseguite dalle parti sono, quantomeno fino al momento in cui la dichiarazione non viene rilasciata, prive di causa.

6. *Sulla natura della dichiarazione unilaterale.* — La soluzione del primo quesito nel senso della libertà della forma facilita notevolmente la soluzione del secondo in merito alla natura della dichiarazione unilaterale ed ai suoi effetti obbligatori. Una volta stabilito che la fonte dell'obbligazione è costituita dal contratto concluso in forma orale, è infatti più facilmente risolvibile il problema della valenza dell'atto unilaterale.

Si consideri *en passant* che la questione della validità del patto è rilevante non solo al fine di salvaguardare gli interessi del fiduciante (aspetto sul quale si concentrano generalmente giurisprudenza e dottrina), ma anche per salvaguardare quelli del fiduciario, nella misura in cui, come detto, il negozio fiduciario si inserisce usualmente in un'operazione complessa che, senza patto fiduciario, rischia di rimanere priva di un elemento fondamentale e, quindi, di essere senza causa. Per fare un esempio, senza il *pactum fiduciae*, occorre riconsiderare gli effetti della dazione di denaro al fiduciante affinché acquisti un immobile da un terzo.

Ma ritorniamo alla questione relativa alla natura della dichiarazione unilaterale. Come detto, una volta riconosciuta la validità del patto a monte, dal quale derivano gli effetti obbligatori, è semplice risolvere la questione equiparando tale dichiarazione alla promessa di pagamento⁽⁵⁶⁾. Quest'ultima, sulla cui natura qui non ci soffermiamo⁽⁵⁷⁾, come chiarito anche

⁽⁵⁴⁾ Tema che ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha trovato una sintesi con la sentenza Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018, 133, con note di D'AMICO; PAGLIANTINI; AMAGLIANI; in *Giur. it.*, 2018, 568, con nota di DI MAJO; in *Società*, 2018, 481, con nota di R. NATOLI; in *N. giur. civ. comm.*, 2018, 668, con nota di DALMARTELLO; in *Corr. giur.*, 2018, 898, con nota di GUADAGNO; confermata dalla giurisprudenza successiva, fra cui cfr. Cass., 10 settembre 2019, n. 22640, in *dirittobancario.it*. Per un inquadramento del problema cfr. E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2019, 197 ss.

⁽⁵⁵⁾ D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018, 140 ss.

⁽⁵⁶⁾ Sulla natura della ricognizione di debito e della promessa di pagamento quali dichiara-

recentemente dalla Suprema Corte non ha effetti obbligatori, ma solamente processuali⁽⁵⁸⁾. Come noto, è la cosiddetta astrazione processuale della causa, che comporta un'inversione dell'onere probatorio: non è il creditore a dover provare il titolo, ma il debitore che abbia fatto la promessa a dover provare l'inesistenza della situazione debitoria (o la sua inefficacia o invalidità)⁽⁵⁹⁾.

Si potrebbe dire che il cerchio è chiuso: riconosciuta la validità del patto orale, la dichiarazione unilaterale non produce effetti obbligatori⁽⁶⁰⁾, ma effetti processuali relativi alla prova⁽⁶¹⁾ (sovente necessaria proprio in ragione dell'oralità del patto), senza che si debba affrontare il problema della validità di un negozio unilaterale, altamente esposto a rischi di invalidità per assenza di causa⁽⁶²⁾.

Soluzione che potremmo definire giusrealista, poiché permette di salvare la validità del patto, di facilitare l'onere della prova, superando al tempo stesso le forche caudine dell'assenza di causa e, più in generale, di preservare l'operazione realizzata con il contratto fiduciario. In ogni caso, occorre chiaramente che il patto superi i controlli di liceità (in particolare, nella *fiducia cum creditore*, in relazione all'art. 2744 c.c.) e di meritevolezza⁽⁶³⁾.

Una volta ritenuta non necessaria la forma scritta, ne consegue che gli effetti obbligatori del patto hanno già una propria fonte — valida ed efficace — nel contratto (bilaterale e dotato di causa) fiduciario. Ciò permette di non affrontare la spinosa questione degli eventuali effetti obbligatori della dichiarazione unilaterale; al tempo stesso, consente di ricondurre gli effetti della stessa all'interno dei rassicuranti confini dell'art. 1988 c.c., con conseguente rispetto del

zioni di volontà o di scienza cfr. GRAZIANI, voce *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. Treccani*, XXIV, Roma, Treccani, 1991, 6 ss.

⁽⁵⁷⁾ Sui termini del dibattito e per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali cfr. A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 2019, 211 ss.; BOZZI, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2015, 39 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20689, (nt. 3); Cass., 17 giugno 2014, n. 13776, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1161, con nota di MATTIONI; Cass., 10 gennaio 2014, n. 405, in *Contratti*, 2014, 429, con nota di LOMBARDI; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2104, in *Giur. it.*, 2012, 2523; Cass., 27 aprile 2011, n. 9412, in *Banca dati Pluris*. Da ciò deriverebbe, secondo una parte della dottrina, che il problema della tipicità degli atti unilaterali sancito dall'art. 1987 c.c. concernerebbe solamente la promessa al pubblico di cui all'art. 1989 c.c., e non anche la promessa di pagamento e la ricognizione di debito di cui all'art. 1988 c.c., cfr. BOZZI, *Efficacia delle promesse*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2015, 9-10. Sul problema dell'efficacia obbligatoria delle promesse unilaterali cfr. D'ANGELO, (nt. 3), 539 ss.

⁽⁵⁹⁾ La Suprema Corte afferma che: «la dichiarazione ricognitiva dell'instestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento è infatti un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c., la cui funzione è quella di dispensare "colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale", l'esistenza di questo presumendosi fino a prova contraria. Da tale dichiarazione non dipende la nascita dell'obbligo del fiduciario di ritrasferire l'immobile al fiduciante: essa non costituisce fonte autonoma di tale obbligo, che deriva dal *pactum*, anche se stipulato soltanto verbalmente, ma è produttiva dell'effetto di determinare la *relevatio ab onere probandi* e di rafforzare così la posizione del fiduciante destinatario della dichiarazione stessa, il quale, in virtù di questa, è esonerato dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale».

⁽⁶⁰⁾ G. MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 180 s., afferma che la sola promessa unilaterale che produce effetti obbligatori è la promessa al pubblico, sulla quale cfr. SBISA, *La promessa al pubblico*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁽⁶¹⁾ Sulla distinzione tra promesse unilaterali e confessione cfr. GRANELLI, voce *Confessione e ricognizione nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, III, 1988, Torino, Utet, 432 ss.; MONTESANO, *Confessione e astrazione giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 65 ss.; Cass., 5 ottobre 2017, n. 23246, in *Banca dati Pluris*; Cass., 31 luglio 2012, n. 13689, in *Banca dati Pluris*.

⁽⁶²⁾ Il problema della causa degli atti unilaterali è oggetto da sempre di un ampio dibattito, che non può essere affrontato in questa sede; per un inquadramento generale cfr. D'ANGELO, (nt. 3), 138 ss., 259 ss.

⁽⁶³⁾ Sul controllo di meritevolezza nei negozi di destinazione cfr. CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, in *Riv. notariato*, 2018, 1327 ss.

principio di tipicità *ex art 1987 c.c.* (64). Si supera così uno degli aspetti maggiormente discussi (e criticati) della giurisprudenza che aveva in sostanza salvato la validità e l'efficacia del patto, riconducendo gli effetti obbligatori, nei casi in cui mancava un patto scritto, alla successiva dichiarazione unilaterale con cui il fiduciario si impegna a ritrasferire l'immobile (65).

A prescindere da quanto detto in relazione alla divisibilità della decisione circa la forma del contratto fiduciario, ci sembra che la presa di posizione delle Sezioni unite sulla natura e sugli effetti giuridici della dichiarazione unilaterale meriti approvazione. Infatti, come già segnalato da autorevole dottrina, l'orientamento che pretendeva di ricondurre effetti obbligatori alla dichiarazione unilaterale si fondava, sostanzialmente, su considerazioni meta-giuridiche più che discutibili (66). Per di più, le argomentazioni avanzate non erano affatto idonee a superare le profonde questioni che si erano poste in materia e che sono tuttora oggetto di ampio dibattito da parte della dottrina. Le considerazioni della Cassazione non sembravano in ogni caso idonee a ritenere superato il principio della tipicità degli atti unilaterali con effetti obbligatori, nonché i rilevanti problemi che questi pongono in relazione all'istituto della causa.

Il ribadire la centralità del principio causalistico è da condividere: non vi sono ragioni adeguate per aprire una breccia nel sistema e per ammettere trasferimenti di ricchezza privi di controprestazione. Non possono infatti tralasciarsi gli effetti sistematici che una tale apertura comporterebbe, con la conseguenza che una deroga al principio giustificata dal caso particolare rischierebbe ovviamente di mettere in discussione il principio generale.

D'altronde, l'abbandono del significato della causa del contratto non sembra nemmeno supportata dai progetti transnazionali ed europei (67), né dagli ordinamenti che, in sede di riforma, hanno apparentemente eliminato tale requisito; ad esempio, il legislatore francese, che pure ha abolito la causa, la ha tuttavia sostituita con disposizioni che, in maniera «settoriale», ne riproducono sostanzialmente tutte le funzioni (68).

7. *Sulla non trascurabilità del problema della causa per la risoluzione del problema della forma.* — Le Sezioni unite non affrontano il tema della causa del negozio fiduciario e lasciano espressamente *a latere* il tema dell'unità del negozio o della pluralità di contratti (da ritenersi in tal caso collegati) (69): tale approccio non ci sembra tuttavia condivisibile. Infatti,

(64) Ritiene invece ammissibili negozi unilaterali atipici DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, Jovene, 1972, 1 ss. Sul problema della tipicità degli atti unilaterali e per una discussione approfondita sulle sue implicazioni relativamente a validità ed efficacia cfr. D'ANGELO, (nt. 3), 112 ss.

(65) Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, (nt. 15).

(66) GENTILI, (nt. 12), 1478 ss.

(67) Non vi è qui lo spazio per approfondire i temi del dibattito; ci si limita quindi soltanto a richiamare alcuni dei contributi più significativi che, da prospettive differenti, danno conto delle varie opzioni interpretative circa il mantenimento o l'abbandono delle funzioni della causa nei progetti di diritto contrattuale transazionale: G.B. FERRI, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 901 ss.; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, 100 ss.; BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss.; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008, 123 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, Cedam, 2012, 184 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, I-II, XXVI ss.

(68) DESHAYES, GENICON e LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2018, 327 ss.; WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: la chose sans le mot ?*, in *D.*, 2015, 1557; SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, L.G.D.J., 2016, 26-27; G.B. FERRI, *“Une cause qui ne dit pas son nom”*. *Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del “Code civil”*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1 ss.; nonché la bibliografia citata in R. FURNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1383 ss.

(69) Le Sezioni unite affermano esplicitamente che: «il fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario possono rimanere in questa sede soltanto accennati, perché il quesito posto dall'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione pone in realtà un problema pratico relativo

riteniamo che il problema della forma non possa essere risolto coerentemente e logicamente senza approcciare il problema della causa: cosicché non affrontare detto aspetto equivale in realtà a risolverlo in maniera implicita, senza argomentare sul punto.

La dottrina si è confrontata ampiamente con il problema della causa del negozio fiduciario⁽⁷⁰⁾ e, in linea generale, si sono opposti due orientamenti. Mentre il primo considera il patto fiduciario come un negozio unitario, connotato da una propria *causa fiduciae*⁽⁷¹⁾ in quanto operazione complessa⁽⁷²⁾, il secondo orientamento ha sostenuto che si tratti di due contratti tra loro collegati⁽⁷³⁾. Entrambi gli orientamenti presentano poi varianti — è nota la tesi, che ha avuto una certa eco anche in giurisprudenza⁽⁷⁴⁾, secondo cui il contratto fiduciario sarebbe un contratto indiretto⁽⁷⁵⁾ — ed altresì rilevanti problemi difficilmente risolvibili, il che è probabilmente alla base della decisione della Suprema Corte di non affrontare la questione.

In particolare, al primo orientamento è stato obiettato che non sarebbe possibile configurare un'autonoma *causa fiduciae*⁽⁷⁶⁾, non potendosi rinvenire nell'accordo alcuno schema di scambio; inoltre ciò rischierebbe di violare il principio di tipicità dei diritti reali⁽⁷⁷⁾: l'attribuzione reale limitata dagli effetti obbligatori equivarrebbe ad introdurre un nuovo ed atipico diritto reale. La dottrina più recente ha tuttavia evidenziato come, in tale caso, il problema non sia quello della creazione di un diritto reale atipico: il problema sarebbe piuttosto che la *causa fiduciae*, così unitariamente configurata, non sarebbe idonea a giustificare gli spostamenti patrimoniali che con il contratto fiduciario sono realizzati⁽⁷⁸⁾. Da una prospettiva differente, si è affermato che dalla configurazione di un'autonoma *causa fiduciae* deriverebbe la nullità del contratto fiduciario nel nostro ordinamento, poiché essa snaturerebbe la funzione prevista dalle norme sul tipo della vendita⁽⁷⁹⁾, e quindi l'obiettivo fiduciario apparterrebbe alla sfera dei motivi ed il contratto sarebbe astratto⁽⁸⁰⁾.

Al secondo orientamento, invece, si può obiettare che, una volta asserita la sussistenza di

alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte». La soluzione della pluralità dei negozi è prevalente nella giurisprudenza più recente, cfr. Cass., 8 settembre 2015, n. 17785, in *Trusts*, 2016, 513; Cass., 14 luglio 2015, n. 14695, in *Banca dati Pluris*; Cass., 29 febbraio 2012, n. 3134, in *Notariato*, 2012, 366; Cass., 2 aprile 2009, n. 8024, (nt. 16); Cass., 1 aprile 2005, n. 4886, in *Mass. foro it.*, 2005.

⁽⁷⁰⁾ Per una ricostruzione generale delle differenti posizioni in materia cfr. CARNEVALI, voce *Negozio giuridico, III negozio fiduciario*, (nt. 6), 3 ss.; M. NUZZO, *Negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 648 ss.; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, Giappichelli, 2002, 201 ss.; V.M. TRIMARCHI, (nt. 7), 38 ss.

⁽⁷¹⁾ È, come noto, la tesi di GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 345 ss.

⁽⁷²⁾ L'aspetto è sottolineato dalla giurisprudenza che ha aderito a tale orientamento, cfr.: Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, (nt. 15); Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, (nt. 13); Cass., 27 luglio 2007, n. 16649, in *Banca dati Pluris*.

⁽⁷³⁾ GALGANO, (nt. 19), 541 s.; FRANZONI, (nt. 16), 836-838. Per la giurisprudenza cfr. nt. 69.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ad esempio Cass., 17 settembre 2019, n. 23095, (nt. 2); Cass., ord., 25 maggio 2017, n. 13216, (nt. 13); Cass. 9 maggio 2011, n. 10163 (nt. 13); Cass., 2 aprile 2009, n. 8024, (nt. 16).

⁽⁷⁵⁾ Tesi sostenuta da ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, II, Roma, Società editrice de « Il Foro Italiano », 1931, 31-32; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, Cedam, 1933, 39-40. La tesi è criticata da SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 817; FRANZONI, (nt. 16), 836 ss.

⁽⁷⁶⁾ Secondo PALERMO, (nt. 16), 350 riportare l'unità dell'intento del negozio alla formula della *causa fiduciae* «appare del tutto privo di senso».

⁽⁷⁷⁾ È la critica di PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodoteoria-pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, 322; GENTILI, *Società fiduciarie*, (nt. 7), 72 ss. Ad avviso di PALERMO, (nt. 16), 357 ss., una volta riconosciuto il ruolo dell'autonomia privata nell'ordinamento, verrebbe invece meno il problema della proprietà fiduciaria, che sarebbe una formula inidonea a caratterizzare il concetto in questione.

⁽⁷⁸⁾ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, Giuffrè, 2011, 639 s.

⁽⁷⁹⁾ CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 1, Milano, Giuffrè, 1987, 320 s.

⁽⁸⁰⁾ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1997, 179 ss.

due negozi distinti, è estremamente difficile individuare la causa del primo trasferimento⁽⁸¹⁾. Si è tentato di ovviare al problema tramite la teoria della causa esterna (costituita dal contratto col quale il fiduciario si impegna nei confronti del fiduciante)⁽⁸²⁾, senza però giungere a risultati appaganti. Peraltro, ci sembra che accogliendo quest'ultima ipotesi la soluzione si avvicini notevolmente all'idea della *causa fiduciae* unitaria.

Porre nuovamente il problema della causa del contratto fiduciario non significa voler procedere con una classificazione *a priori*, tramite una ipostatizzazione del fenomeno fiduciario⁽⁸³⁾; è invece necessario poiché il problema della causa concreta — e, dunque, quello della qualificazione del contratto — incide necessariamente su quello della forma. Benché la causa del negozio fiduciario sia stata oggetto di un ampio dibattito, raramente essa è stata affrontata congiuntamente al problema della forma. Tuttavia, può avallarsi la distinzione tra la forma del *pactum fiduciae* e negozio traslativo del diritto reale solo nella misura in cui si accetti preventivamente che l'operazione fiduciaria sia composta da una serie di negozi distinti. Qualora il contratto sia solo uno, a meno di non voler accedere a quell'interpretazione che ritiene sufficiente che presentino la forma scritta solo quei segmenti dell'operazione negoziale concernenti l'oggetto immobiliare⁽⁸⁴⁾, il contratto dovrà necessariamente avere forma scritta: l'unicità del contratto impone l'unicità della forma.

Il problema deve oggi essere esaminato alla luce della causa concreta: è attraverso detta nozione, il cui significato e la cui portata operativa non possono essere qui richiamati data l'ampiezza del tema⁽⁸⁵⁾, che tale aspetto può essere affrontato in maniera innovativa e che se ne può proporre una soluzione. La prospettiva della causa concreta permette peraltro di approfondire l'analisi della «casistica» costituita dal patto fiduciario, esaminando gli schemi tramite cui questo viene realizzato e non trattando il problema in maniera astratta ed unitaria. Non ci sembra infatti proficuo il metodo seguito dalla dottrina maggioritaria, che ha considerato il tema in maniera unitaria, interrogandosi sulla sussistenza di una unitaria *causa fiduciae* o sulla sussistenza di negozi collegati. Infatti, considerato che il patto fiduciario risponde ad una «casistica», entrambe le categorie di soluzioni proposte presentano incongruenze rispetto ad alcune tipologie dallo stesso, che portano l'interprete che voglia mantenere un approccio unitario al problema della causa o a dover ammettere la sussistenza di negozi astratti, oppure a dover configurare un'unitaria *causa fiduciae*.

Procedendo invece in maniera differente e scomponendo la casistica più rilevante in gruppi che ci sembrano essere, da un punto di vista causale, omogenei, possiamo individuare tre schemi fondamentali⁽⁸⁶⁾.

Vi è un primo caso in cui il fiduciante trasferisce un immobile al fiduciario (pur

⁽⁸¹⁾ Tanto che autorevole dottrina ha affermato che risulta inevitabile concludere nel senso dell'astrattezza del primo trasferimento, cfr. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, Cedam, 1935, 121 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, (nt. 80), 180 s.

⁽⁸²⁾ Sul problema della causa esterna cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 564 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 131-133; PALERMO, (nt. 16), 1998, 351.

⁽⁸³⁾ LIPARI, (nt. 7), 240 ss. critica per tali ragioni molti autori che hanno affrontato il fenomeno fiduciario partendo dal problema della causa.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. par. 5.

⁽⁸⁵⁾ Per un inquadramento generale si rimanda a M. BARCELLONA, (nt. 27); C.M. BIANCA, (nt. 19), 410 ss.; ROLLI, (nt. 67); ROPPO, (nt. 78), 345 ss.; SACCO, DE NOVA, (nt. 19), 781 ss.; NAVARRETTA, *Sub art. 1345*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 590 ss.; oltre che alla bibliografia ed alla giurisprudenza citate in R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, 1281 ss.; Id., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1372 ss.; Id., *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, in *Riv. dir. priv.*, in corso di pubblicazione.

⁽⁸⁶⁾ Tali schemi non esauriscono tutti gli schemi possibili, cfr. ad esempio quelli che sono definiti come «contratto fiduciario programmatico» e «contratto fiduciario gestorio» da M. LUPOI, (nt. 1), 70 ss.

assumendone i costi di gestione ed il pagamento delle imposte), che si impegna a gestirlo e ritrasferire al termine convenuto l'immobile. In tale caso, ci sembra che si sia in presenza di un contratto unitario, contraddistinto da un'unica causa. Infatti, il trasferimento dell'immobile trova la propria causa nell'assunzione delle obbligazioni di gestione e ritrasferimento da parte del fiduciario. D'altronde, la dottrina che ha sostenuto la pluralità dei contratti, in relazione a tale tipologia è stata sostanzialmente impossibilitata a trovare la causa del primo negozio di trasferimento, giungendo a legittimare sostanzialmente l'astrattezza dell'attribuzione⁽⁸⁷⁾. Ci sembra inoltre un espediente retorico affermare che la causa del primo contratto sarebbe da ritrovarsi nel secondo accordo e che la causa del secondo sarebbe da rinvenirsi nel primo: al di là di richiamare impropriamente la teoria della causa esterna, si tenta infatti così di mascherare che non si è in presenza di due contratti autonomi, ma di obbligazioni che configurano invece un negozio con causa unitaria⁽⁸⁸⁾. Se così è, in tale caso non dovrebbe dubitarsi della necessità della forma scritta del patto, dato che essa è — a prescindere dall'impegno di trasferimento del fiduciario, necessaria per la validità dell'obbligazione del fiduciante (ossia quella relativa al primo trasferimento).

Nel secondo, il fiduciante fornisce il denaro al fiduciario, che acquista con esso l'immobile da un terzo, e si obbliga nei confronti del fiduciario a gestirlo nella maniera convenuta ed a ritrasferirlo.

Anche in tale caso, per le ragioni evidenziate in relazione al primo caso, ci sembra che il rapporto tra fiduciante e fiduciario costituisca un contratto unitario. La dazione del denaro dal fiduciante al fiduciario trova la propria causa nelle corrispettive obbligazioni di gestione e ritrasferimento assunte dal fiduciario.

Tuttavia, in tale caso il contratto di acquisto dell'immobile da un terzo è un negozio autonomo, che non estende quindi automaticamente l'obbligo di forma al contratto fiduciario. Ne consegue che il problema della forma potrà in questo caso essere risolto in modi differenti: qualora si acceda all'interpretazione delle Sezioni unite, esso potrà essere concluso anche in forma orale; qualora si preferisca invece la tesi qui proposta o un'altra che propenda per la necessità della forma scritta, sussisterà il requisito di forma a pena di nullità.

Nel terzo schema, il fiduciario è già titolare dell'immobile e si impegna a trasferirlo al fiduciante a determinate condizioni, generalmente a garanzia di un debito pregresso o di un nuovo credito. In questo caso ci sembra che il problema della causa sia da collocare nell'alveo del problema della causa di garanzia, ossia nell'indagine della ragione dell'impegno assunto dal fiduciante. Ciò detto, anche in tale caso il problema della forma potrà essere risolto nei due sensi anzidetti, a seconda dell'interpretazione cui si accede.

8. *Sulla politica del diritto della sentenza.* — La decisione presa dalle Sezioni unite sembra volta a raggiungere un risultato determinato e, sulla base di tale fine, viene sviluppata l'argomentazione. In altri termini, sembra che con un *hysteron proteron* le Sezioni unite abbiano prima scelto il risultato cui volevano arrivare — con particolare attenzione alle ricadute sullo specifico caso — e poi, alla luce di tale risultato, abbiano costruito la relativa argomentazione.

D'altronde tale circostanza è stata rilevata anche da autorevole dottrina, che ha ritenuto che la sentenza costituisca uno spartiacque nel modo di fare giurisprudenza (e, quindi, di fare diritto), ravvisando nella pronuncia un ulteriore affermarsi del criterio di giustizia ed una preminenza del fatto⁽⁸⁹⁾. La questione, tuttavia, merita di essere ulteriormente problematizzata: non è certo questa la sede per affrontare uno dei temi più rilevanti del diritto privato

⁽⁸⁷⁾ GENTILI, (nt. 12), 1477.

⁽⁸⁸⁾ Circa l'analisi relativa all'unicità o pluralità di contratti cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Società*, 2016, 721, con nota di COSTANZA; in *N. giur. civ. comm.*, 2016, 852, con nota di VERSACI.

⁽⁸⁹⁾ LIPARI, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*, in *Foro it.*, 2020, I, 1951.

contemporaneo ⁽⁹⁰⁾, ma è comunque opportuno svolgere alcune considerazioni in merito alla modalità di decidere le controversie, specialmente in sede di legittimità.

La prima concerne il rapporto tra considerazioni di giustizia sostanziale relative al fatto concreto ed il contesto in cui tali considerazioni vengono fatte valere. Non sembra, infatti, che la decisione in Cassazione, a Sezioni unite, sia il momento opportuno al fine di valutare aspetti di giustizia sostanziale, in ragione della funzione nomofilattica della Suprema Corte ⁽⁹¹⁾: non si può ignorare, infatti, che il principio di diritto affermato in questa sede sarà destinato ad essere applicato in tutti gli altri casi analoghi. E non è affatto detto che anche in tutti i successivi casi appaia corretta, anche a voler seguire il criterio di ragionevolezza, la soluzione alla quale conduce l'applicazione del principio qui affermato.

In tal senso, sembra molto discutibile l'opportunità di tutelare le ragioni dei contraenti nel caso concreto, secondo un criterio di giustizia sostanziale, tramite l'affermazione di un principio di diritto da parte della Suprema Corte. D'altronde, se si può ritenere giusto tutelare le ragioni di un contraente che, se la decisione fosse stata diversa, sarebbero state pregiudicate, ci si può anche chiedere se l'interesse ad una decisione ritenuta giusta non debba retrocedere di fronte all'interesse generale ad un intervento nomofilattico coerente con l'ordinamento. In altri termini, dato il valore della decisione in questione e del principio di diritto affermato, sembra che non sia da prendere in considerazione solo il diritto alla giustizia sostanziale della parte, ma anche il diritto di tutti i consociati all'affermazione di un principio di diritto corretto e coerente.

Un altro elemento che ha, esplicitamente, orientato la Corte nella decisione è la constatazione che, nella prassi, nei casi di *fiducia cum amico*, proprio in ragione dei rapporti parentali o di affezione soventi intercorrenti tra le parti, è complicato chiedere la sottoscrizione di un contratto: pretendere il requisito della forma scritta soffocherebbe il fenomeno sociale. A prescindere dal carattere metagiuridico di tale constatazione ed a prescindere dal dubbio che sorge quando si constata che anni dopo la dichiarazione è stata resa — se si è sottoscritta la dichiarazione in seguito, non si comprende per quale ragione non si potesse sottoscrivere il contratto sin da subito — ci pare opportuno contestare il ragionamento della Corte sul suo stesso terreno.

Infatti, può sorgere più di un dubbio in merito all'affermazione apodittica, quasi «data per scontata», che sia opportuno favorire il fenomeno della *fiducia cum amico*. A ben vedere non ci sembra così condivisibile che il fenomeno della *fiducia cum amico* debba essere incoraggiato e che esso sia così meritevole di tutela da spingere a derogare ai requisiti di forma che sono posti a tutela di tutti i soggetti coinvolti ⁽⁹²⁾. È infatti noto che la *fiducia cum amico*, lungi dall'essere manifestazione di particolari vincoli affettivi, si muove sovente su un crinale delicato, che coinvolge spesso fenomeni elusivi / preventivi rispetto ad eventuali pretese di creditori attuali e futuri. Di conseguenza, se pare condivisibile che l'ordinamento non vieti tale prassi, non ci pare poi così scontato che sia opportuno favorirla. Alla luce di ciò sembra quindi discutibile sia

⁽⁹⁰⁾ Che riguarda il ruolo del giudice, più in generale del giurista, e del ruolo dei valori nella decisione. Su tali temi la bibliografia è vastissima; l'orientamento che ha favorito tale preminenza è quello sostenuto da LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 144 ss.; ID., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1 ss.; GROSSI, *La "invenzione" del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 851 ss.; ID., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1155 ss.; VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 787 ss.; VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *N. giur. civ. comm.*, 2016, 124 ss.; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 643 ss.

⁽⁹¹⁾ Sulla crisi della funzione nomofilattica della suprema corte cfr. PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le sezioni unite in materia di danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, 923; ID., *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2013, I, 3448; R. PARDOLESI, *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza*, in *N. giur. civ. comm.*, 2018, 1345 s.; CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018, V, 111.

⁽⁹²⁾ PAGLIANTINI, (nt. 21), 82.

l'affermazione secondo cui l'imposizione della forma scritta soffoca il fenomeno sociale (d'altronde per decenni è stata richiesta la forma scritta ed il fenomeno non è stato eliminato), sia che il fenomeno sociale sia così meritevole e prezioso per la comunità da modificare i requisiti di forma per consentirne un ulteriore sviluppo⁽⁹³⁾. D'altronde, che la *fiducia cum amico* sia opaca e volta in realtà ad occultare il proprio patrimonio è noto, come emerge anche da molte sentenze (basti pensare che nel caso deciso dalla Suprema Corte nel 2014, che ha aperto il contrasto sulla forma del patto⁽⁹⁴⁾, l'imprenditore ricorrente ammetteva pacificamente che il negozio fiduciario era volto ad occultare il proprio patrimonio al fine di proteggere la propria attività imprenditoriale)⁽⁹⁵⁾: non si vede quindi quali siano le ragioni per cui tale fenomeno vada incentivato ulteriormente.

Infine, ma tale aspetto non può che essere solamente accennato, ci sembra discutibile che esistano valori omogeneamente condivisi nella comunità sociale che, secondo un principio di ragionevolezza, possono essere individuati dalle Corti ed utilizzati come principi al fine di decidere i casi secondo giustizia⁽⁹⁶⁾: ci sembra piuttosto che una società sempre più complessa sia attraversata da conflitti generati da interessi differenti e financo contrapposti, la cui risoluzione implica una scelta politica che non può che essere, qualora manchi una soluzione ricavabile dall'ordinamento, affidata al potere legislativo e non all'analisi della coscienza sociale da parte del giudice.

RICCARDO FORNASARI

⁽⁹³⁾ Peraltro anche il progetto di legge concernente la tipizzazione del negozio fiduciario prevedeva che esso dovesse essere stipulato per atto pubblico, cfr. ddl 1826 presentato al senato in data 19 marzo 2015. Sull'opportunità della regolamentazione normativa del patto fiduciario cfr. IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014, 35 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, (nt. 15).

⁽⁹⁵⁾ Sottolinea l'assenza di utilità sociale del patto F. MAISTO, *Promesse unilaterali «atipiche» e forma del pactum fiduciae*, in *Il diritto degli affari.it*, 2014, 2.

⁽⁹⁶⁾ LIPARI, (nt. 89), 1951.