

## ***II PACTUM FIDUCIAE:***

### ***Riflessioni su Cass. SS.UU. n. 6459/2020***

*Adelaide Amendola*

#### ***1. Il caso all'esame della Corte di cassazione.***

Un signore, che chiameremo per comodità Tizio, nel giugno del 1984, chiede al fratello e alla moglie dello stesso, da una parte, nonché alla vedova di un altro fratello, dall'altra, di comprare, con denaro da lui somministrato, degli immobili, intestandosene la titolarità. Prudenzialmente, nel marzo del 2002, si fa poi rilasciare una scrittura nella quale le cognate riconoscono che è egli medesimo il vero proprietario del fabbricato e che esse si impegnano a trasferire a lui o a persona da lui indicata, a semplice richiesta, le porzioni per suo conto acquistate.

Qualche mese dopo, constatata la resistenza del fratello e di entrambe le cognate a mantenere fede all'impegno assunto, li chiama in giudizio, chiedendo l'accertamento della interposizione reale dei convenuti nella intestazione degli immobili, con contestuale trasferimento dei beni in suo favore.

Transatta la controversia con il fratello vivente e la di lui moglie, resta in piedi il contenzioso con la consorte del fratello premorto.

Il Tribunale accoglie la domanda di Tizio.

Ricostruito il negozio fiduciario in termini di collegamento tra due negozi, l'uno di carattere esterno, con efficacia reale, e l'altro di carattere interno, meramente obbligatorio, volto a modificare il risultato finale del contratto visibile ai terzi, il giudice di prime cure ritiene l'esistenza della interposizione reale, provata dalla dichiarazione sottoscritta dalla convenuta nel marzo del 2002.

La Corte d'appello conferma la decisione.

Il decidente parte dall'adesione all'opzione dogmatica secondo cui il negozio fiduciario richiede la forma scritta *ad substantiam* ed è quindi nullo ove questa forma manchi. Nega peraltro che possa essere

giuridicamente utile, ai fini dell'accoglimento della domanda, il riconoscimento, operato dalla convenuta, di Tizio, quale effettivo proprietario dell'immobile. Piuttosto utilizza la dichiarazione del marzo 2002 in chiave di impegno al trasferimento dell'immobile, impegno alla cui giustiziabilità non ostano né la mancanza di contestualità tra i due negozi (quello esterno e quello interno cioè), né la unilateralità dell'atto, ritenendola solo formale: la scrittura viene infatti ricostruita in termini di contratto in relazione al quale il requisito formale resta integrato dalla produzione in giudizio da parte del paciscente che non l'ha firmato con la dichiarata intenzione di volersene avvalere, secondo quella giurisprudenza di legittimità che punta sulla equipollenza tra allegazione in atti del contratto e sottoscrizione dello stesso da parte di chi la scrittura produce (*Cass. civ. 1° aprile 2003, n. 4886*).

Impugnata la pronuncia con ricorso per cassazione, il collegio investito della decisione, intercettato un contrasto giurisprudenziale in ordine alla forma del negozio fiduciario concernente diritti reali relativi a beni immobili e considerato il rilievo nomofilattico della questione, ampiamente dibattuta anche in dottrina, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Si arriva così alla sentenza del 6 marzo 2020 n. 6459.

### ***2.La sentenza delle SS.UU. n. 6459/2020.***

La Corte parte dal corretto rilievo che, a dispetto del nome, il negozio fiduciario più che una fattispecie, è una casistica; è cioè tutt'altro che una figura giuridica unitaria. E passando attraverso una rapida enucleazione delle tipizzazioni più visitate in dottrina e in giurisprudenza, spesso tra loro trasversali: fiducia statica, caratterizzata dalla mera amministrazione e custodia dei beni, con obbligo di seguire le istruzioni del fiduciante<sup>1</sup>; fiducia dinamica, contraddistinta dalla titolarità, in capo al fiduciario, dei beni oggetto dell'investimento, con obbligo però di rendiconto e di riversamento degli utili<sup>2</sup>; fiducia germanistica, nella quale

<sup>1</sup> Cass. civ. 7 agosto 1982, n. 4438;

<sup>2</sup> Cass. civ. 18 ottobre 1991, n. 11025; Cass. civ. 29 maggio 1993, n. 6024; in dottrina *Società fiduciarie e di revisione*, G. D'Antuono, in *Codice delle società*, diretto da L. Nazzicone, Milano, 2018, 2045 e segg..

il fiduciante mantiene, in via di principio, la proprietà dei beni; fiducia romanistica, in cui invece il fiduciante trasferisce il diritto al fiduciario, ancorché gli effetti della cessione siano *inter partes* limitati dal *pactum fiduciae*<sup>3</sup>, approda alla felice sintesi di Cass. civ. 15 maggio 2014, n. 10633, che individua l'oggetto dell'accordo fiduciario in un programma declinato e declinabile in negozi diversi nella tipologia e nel numero, legati nondimeno tra loro da un filo essenziale, che li rende parte di un'unica, complessiva operazione.

Così delineati per grandi linee il “fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario”, per una condivisibile esigenza di perimetrazione della cornice dogmatica di riferimento, pur nella riconosciuta, estrema flessibilità dell'istituto, le Sezioni Unite affrontano il nodo del “problema pratico” sul quale è stato sollecitato l'intervento nomofilattico: l'individuazione di una regola di dettaglio in ordine alla forma dell'impegno con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni con il fiduciante a ritrasferirgli l'immobile.

E lo affrontano con un'ampia indagine:

da un lato, richiamano (e, per quanto poi si vedrà, fanno propria) la giurisprudenza secondo cui, se si è convinti che valida fonte dell'obbligazione di trasferimento assunta dal fiduciario possa essere solo un atto negoziale a struttura bilaterale e dispositiva, redatto in forma scritta, la dichiarazione unilaterale dello stesso non serve allo scopo, giacché la ricognizione *ex post* di un atto solenne non supplisce al difetto della forma *ad substantiam* richiesta dalla legge, così come detto requisito non può essere integrato da esternazioni di carattere confessorio: affermazioni che conducono all'approdo esegetico secondo cui il requisito di forma può ritenersi soddisfatto solo se il documento costituisca l'estrinsecazione formale e diretta della volontà negoziale delle parti (Cass. civ. 9 maggio 2011, n. 10163);

dall'altro, dichiaratamente abbandonano l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale che giunge ad equiparare il patto fiduciario al contratto preliminare sulla base della seguente scansione logica: se è vero che il *pactum fiduciae*, nella sua forma più conosciuta e diffusa, determina

---

<sup>3</sup> A. Falzea, *Rappresentanza e fiducia*, in *Mandato, fiducia e Trust*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, p. 158.

l'insorgere di un obbligo di trasferimento a carico del fiduciario; e se è altresì indiscutibile, da un lato, che l'art. 1351 cod. civ. impone l'adozione per il contratto preliminare della stessa forma prevista per il contratto definitivo; e, dall'altro, che l'art. 2932 cod. civ. si riferisce a tutti i contratti, atti o fatti, produttivi dell'obbligo di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto (*Cass. civ. 30 marzo 2012, n. 5160*); ergo, la previsione in ordine al requisito formale contenuta nell'art. 1351 cod. civ. deve applicarsi a tutte le forme negoziali che obblighino i contraenti a stipulare un ulteriore negozio, ivi compreso il patto fiduciario.

In motivato dissenso da siffatta ricostruzione ermeneutica, la Corte Regolatrice opta invece per un'altra esegesi: il *pactum fiduciae* non è assimilabile a un contratto preliminare; esso integra piuttosto un mandato senza rappresentanza (*Cass. civ. 20 maggio 1976, n. 1798*).

Ora, siffatto inquadramento teorico ha dalla sua anzitutto un rilievo empirico di immediata evidenza; addirittura, si direbbe, di elementare buon senso: se infatti è vero che il mandato senza rappresentanza è lo strumento tipico dell'agire per conto altrui ma in nome proprio, la relativa fattispecie ipotetica si presta ad assorbire molto meglio la variegata tipologia di programmi negoziali oggetto di accordi fiduciari, ben al di là certamente dell'ipotesi canonica dell'intestazione fiduciaria di un bene, con obbligo di trasferimento al fiduciante.

Peraltro non occorre un occhio particolarmente esperto per cogliere i disallineamenti di tale figura rispetto all'archetipo del contratto preliminare, posto che, a tacer d'altro, nell'uno, nel preliminare cioè, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale ed è ad esso antecedente; nell'altro, l'effetto obbligatorio si consolida nel momento in cui si produce l'effetto reale ed è volto a limitarlo, indirizzarlo, conformarlo secondo quanto stabilito nel *pactum fiduciae*.

In definitiva l'allocazione dell'istituto nell'area della interposizione reale, al pari di quella delineata nell'art. 1705 cod. civ. appare dogmaticamente più idonea all'individuazione di una disciplina appagante per le multiformi tipologie di *fiduciae* che la fantasia di giuristi e di operatori economici si è incaricata e si incarica vieppiù di elaborare, al fine di dare agli interessi di volta in volta in gioco un assetto soddisfacente.

È del resto significativo che *in parte qua*, la scelta di campo delle Sezioni Unite intercetti gli orientamenti giurisprudenziali maturati in materia societaria, dove il fenomeno della intestazione o della gestione fiduciaria delle partecipazioni sociali è particolarmente diffuso e dove il ricorso a soluzioni paramtrate sulla disciplina della interposizione reale è da molto tempo di casa. Proprio l'uso smalzato di quella regolamentazione – e la connessa scarnificazione del profilo interno e di quello esterno della titolarità di quote o di azioni – ha consentito e consente di dare risposte convincenti sul piano etico e giuridico alle criticità che possono insorgere tra fiduciante, fiduciario, società partecipata, organi di procedure concorsuali eventualmente in atto, Agenzia delle Entrate (*Cass. civ. 31 gennaio 2019, n. 2902; Cass. civ. 23 marzo 2018, n. 7364; Cass. civ. 14 febbraio 2018, n. 3656; Cass. civ. 26 settembre 2013, n. 22099*).

Orbene, sulla base della esposta ricostruzione, le Sezioni Unite vanno quindi a esplorare il punto cruciale ai fini della decisione della causa: dato per scontato che la tutela dell'esecuzione in forma specifica non esige, per essere attivata, che l'obbligo di contrarre sia assunto sempre e comunque con un atto scritto, essendone certamente esclusa, in base al combinato disposto degli artt. 1351 e 2932 cod. civ., l'ipotesi in cui oggetto del preliminare sia un bene mobile, si tratta ora di vedere se il requisito formale scatta solo allorché detto impegno sia contenuto in un vero e proprio contratto preliminare, o se invece la regola espressa dall'art. 1351 cod. civ. permea tutti i possibili casi in cui si movimentino diritti reali immobiliari.

La problematica per la verità è stata ripetutamente indagata dalla Corte Regolatrice, e con esiti difformi, proprio in relazione al mandato senza rappresentanza.

Sull'abbrivio di una risalente sentenza delle Sezioni Unite del 1954 (*Cass. SS.UU. 19 ottobre 1954, n. 3861*), la giurisprudenza di legittimità ha in numerose occasioni affermato che il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili deve, sotto pena di nullità, risultare da atto scritto (*Cass. civ. 3 agosto 1960, n. 2271; Cass. civ. 12 gennaio 1991, n.*

256; Cass. civ. 18 giugno 1998, n. 6063; Cass. civ. 24 gennaio 2003, n. 1137).

Accanto a questo indirizzo ne viaggia tuttavia da molto tempo un altro, volto a depotenziare il requisito formale sulla base del rilievo che la forma scritta, richiesta per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, può e deve assistere il contratto idoneo a produrre effetti reali, ontologicamente indirizzati *erga omnes*, non già il contratto di mandato che ha effetti puramente obbligatori e regola la sola sfera interna dei rapporti tra mandante e mandatario. Ed è tanto vero, si dice, che la forma scritta non è consustanziale al mandato che si è resa necessaria una norma espressa per estendere a quello con rappresentanza *anche* le norme di cui al Capo VI del titolo II del Libro delle Obbligazioni, e cioè le norme sulla procura; mentre, per altro verso, nel mandato senza rappresentanza nessun rapporto si costituisce tra mandante e terzo alienante, irrilevante essendo anche l'eventuale conoscenza del mandato che il terzo abbia avuto (Cass. civ. 10 novembre 2000, n. 14637; Cass. civ. 30 maggio 2006, n. 12848 e, in maniera particolarmente diffusa, Cass. civ. 2 settembre 2013, n. 20051; Cass. civ. 28 ottobre 2016, n. 21805).

Da tale stringente e consequenziale prospettiva, tutta incentrata sulla valorizzazione del carattere personale del *vinculum iuris* derivante dalla stipula di un contratto di mandato senza rappresentanza, non può non discendere la qualificazione del disposto dell'art. 1351 cod. civ. in termini di norma eccezionale, piuttosto che di disposizione espressiva di un principio generale, norma eccezionale insuscettibile, in quanto tale, di interpretazione analogica e di interpretazione estensiva.

L'affermata libertà della forma del mandato senza rappresentanza ancorché avente ad oggetto l'acquisto di beni immobili finisce così per essere la norma di chiusura del sistema. Perché se il *pactum fiduciae* è in sostanza un mandato senza rappresentanza e se il mandato senza rappresentanza che abbia ad oggetto l'acquisto di un bene immobile da parte del mandatario è assistito dal presidio offerto dall'art. 2932 cod. civ. anche se stipulato in forma libera, a quella tutela ben può attingere, per la proprietà transitiva, il *pactum fiduciae* stipulato oralmente.

Resta a questo punto un unico punto da chiarire: che ce ne facciamo della dichiarazione ricognitiva rilasciata dal fiduciario, del tipo di quelle sottoscritte dalle cognate di Tizio?

Escluso che essa possa essere riguardata come l'atto in cui si è materializzato l'accordo raggiunto tra le parti, per quanto innanzi detto, la dichiarazione scritta avrà evidentemente rilevanza solo sul piano probatorio. E del resto, il fatto che l'intesa a monte del programma fiduciario sia validamente stipulata anche oralmente, non sposta che essa debba comunque essere provata da chi voglia giudizialmente azionarla.

Soccorre allora il disposto dell'art. 1988 cod. civ. e il meccanismo dell'astrazione processuale in esso delineato: la dichiarazione non determina la nascita dell'obbligo del fiduciario che la rilascia, perché quest'obbligo è già insorto in forza del *pactum fiduciae*, nella fattispecie concluso ben prima, nel lontano 1984. Essa determina piuttosto la *relevatio ab onere probandi* del fiduciante, nel senso che lo dispensa dall'onere di provare l'esistenza e il contenuto del patto, i quali, a questo punto, si presumono fino a prova contraria.

## **2. Conclusioni.**

È dunque così che le Sezioni Unite completano la selezione degli attrezzi normativi da utilizzare per la decisione delle controversie ingenerate dalla rottura del *pactum fiduciae* stipulato tra le parti; e che poi, di questi strumenti segnatamente avvalendosi, rigettano il ricorso proposto dalla cognata di Tizio, ancorché correggendone la motivazione, *ex art. 384*, ultimo comma cod. proc. civ.

Ma la Corte non rinuncia, prima di chiudere, a disvelare la pulsione emotiva di fondo dell'opzione ermeneutica operata: riconciliare “la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario”.

E al riguardo la scelta di escludere per esso la necessità della forma scritta, anche se l'oggetto dell'accordo abbia a che fare con beni immobili, è anzitutto una opzione di grande onestà intellettuale. Perché la fiducia, per la sua stessa natura, deve poter contare sulla sola parola. Quali che siano le motivazioni che possano indurre le parti a traslare tra loro la titolarità o la gestione di diritti, e ancorché possa trattarsi di

comportamenti passibili di risposte sanzionatorie in base alle previsioni di altri settori dell'ordinamento, sta di fatto che la consacrazione degli impegni fiduciarmente assunti in un documento formale può essere, di volta in volta, imbarazzante, difficile, addirittura impossibile. Di talché ingessarne la giustiziabilità entro rigidi schemi formali significherebbe nella più gran parte dei casi negarne l'operatività. E in definitiva dar ragione a chi quella fiducia tradisce. Che non è poi una bella cosa.