Il blog del DIRITTO

IL NEGOZIO FIDUCIARIO ED IL RECENTE APPRODO DELLE SEZIONI UNITE N. 6459/2020

di Marzia Savini

Il presente scritto si propone di analizzare la figura tanto discussa del negozio fiduciario, recentemente oggetto di disquisizione da parte delle Sezioni Unite riguardo la forma del pactum fiduciae. All'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità, secondo cui sarebbe necessaria la forma scritta per la sua validità, per mezzo dell'applicazione analogica dell'art. 1351 c.c., si oppone una ricostruzione del tutto antitetica, a cui aderisce il Supremo Consesso, secondo la quale non vi sarebbe la necessità di alcun vincolo formale, essendo quest'ultimo qualificabile alla stregua di un contratto a struttura debole. L'idea, pertanto, è quella di individuare i tratti salienti di una figura che vede le sue radici in un passato assai lontano, onde saggiarne i recenti approdi ermeneutici.

Link al testo della sentenza: shorturl.at/avGHU

SOMMARIO: 1. DEFINIZIONE E ORIGINI STORICHE DEL FENOMENO. 2. LA CONTROVERSA NATURA GIURIDICA. 3. LA FORMA DEL *PACTUM FIDUCIAE* E LE ARGOMENTAZIONI DELLE SEZIONI UNITE. 4. LA TUTELA DEL FIDUCIANTE E DEI CREDITORI DEL FIDUCIARIO. 5. NEGOZIO FIDUCIARIO E DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO *EX* ART. 2744 C.C. 6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

1. DEFINIZIONE E ORIGINI STORICHE DEL FENOMENO.

Il negozio fiduciario è figura assai discussa e controversa a partire dalla sua stessa ammissibilità. Taluni, infatti, ne ripudiano l'esistenza in ragione della mancanza di un preciso referente normativo. Autorevole dottrina (FALZEA), sul tema, sarcasticamente ammoniva, statuendo come "*In tutti i testi si parla di negozio fiduciario, ma, poi, che cosa sia questo tipo di negozio, con precisione, ancora non lo sappiamo*".

Preliminarmente occorre chiarire come esso si presenti «*non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti*». Può definirsi come «*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*».

Si tratta di fenomeno assai antico, che trova rappresentazioni altresì nell'epoca romanistica, nelle due distinte espressioni della ***fiducia cum amico*** e della ***fiducia cum creditore***. Nella prima la titolarità del bene era funzionale ad una «*detenzione*» e «*gestione*» nell'interesse del fiduciante in ragione di un successivo trasferimento allo stesso fiduciante o ad un terzo. La seconda veniva,

viceversa, utilizzata allo scopo di garantire l'adempimento di un'obbligazione, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene qualora il fiduciante avesse adempiuto regolarmente al debito contratto. Essa rappresentava, pertanto, una sorta di anticipazione del complesso sistema delle garanzie reali, che ovviamente recava con sé il risultato di consentire la definitiva appropriazione del bene oggetto del negozio medesimo da parte del creditore qualora il debitore mancasse di ottemperare all'adempimento. In altri termini «*l'esperienza romana non concepiva la fiducia senza un trasferimento dal fiduciante al fiduciario, vuoi per atto fra vivi vuoi mortis causa*» (LUPOI). Con il passare del tempo, tuttavia, il sistema della fiducia divenne assai inadeguato al mutato panorama che si andava profilando e, per tale ragione, pian piano fu oggetto di abbandono, propendendo la prassi per garanzie che non comportassero la privazione del diritto di proprietà del debitore ma unicamente lo spossessamento, come accadeva per il pegno.
Storicamente la fiducia ha trovato espressione secondo distinti modelli. Si è soliti, nello specifico, operare una differenziazione tra **fiducia romanistica** e **fiducia germanica**, a seconda che si realizzi un trasferimento pieno di proprietà dal fiduciante al fiduciario ovvero una mera legittimazione a disporre di un dato bene di cui lo stesso fiduciante rimane titolare.
In secondo luogo, rileva inoltre la differenziazione tra **fiducia statica** e **fiducia dinamica**, ove la prima comporta un trasferimento del bene, mentre la seconda concerne un bene che già sia di proprietà del fiduciario.
Nel presente scritto si farà riferimento alla fiducia romanistica nella sua qualificazione di fiducia dinamica.

2. **LA CONTROVERSA NATURA GIURIDICA.**

Particolarmente discussa la natura giuridica dell'operazione negoziale in

questione.

Secondo un primo orientamento, esso configurerebbe un **negozio indiretto** che, come risaputo, non trova compiuta individuazione all'interno dell'ordinamento, tanto da essere ampiamente criticato da parte della dottrina. Si tratta di quel negozio mediante cui le parti perseguono un determinato fine in modo del tutto indiretto o, per così dire, "obliquo". Secondo taluni esso non troverebbe compiuto riconoscimento, in quanto il raggiungimento dello scopo indiretto potrebbe essere qualificato unicamente quale motivo, da ritenersi del tutto irrilevante. Tale argomentazione spinge l'orientamento appena citato a rigettare altresì l'ammissibilità dello stesso negozio fiduciario.

Per altri si tratterebbe, viceversa, di un **negozio giuridico atipico**.

Infine, una differente ricostruzione lo ritiene un doppio negozio, quale unione tra un negozio mezzo ed un negozio fine. Secondo una differente dottrina, la figura, in questa sede oggetto di analisi, darebbe luogo ad un **collegamento negoziale** (FERRARA) tra un negozio ad effetti reali (il trasferimento della proprietà del bene dal fiduciante al fiduciario) ed un negozio ad effetti obbligatori (il *pactum fiduciae* mediante cui il fiduciario si obbliga a ritrasferire il bene in caso di adempimento del rapporto obbligatorio intrattenuto con il fiduciante). Tale sembra essere la ricostruzione prevalente a livello dottrinale, sebbene, a livello giurisprudenziale, non si registri un orientamento unanime sul punto, come d'altronde evidenziato dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 6459/2020, le quali, interrogandosi sulla questione della necessità della forma scritta del *pactum fiduciae,* avente ad oggetto diritti immobiliari, ritengono di non dover prendere posizione sulla *vexata quaestio*.

3. LA FORMA DEL *PACTUM FIDUCIAE* E LE ARGOMENTAZIONI DELLE SEZIONI UNITE.

Come precedentemente anticipato, la questione è stata analizzata approfonditamente dal Supremo Consesso, a seguito dell'ordinanza interlocutoria n. 20934 del 2020.

Le Sezioni Unite rilevano come, sul tema, si registri un contrasto tra due contrapposti orientamenti.

Per una prima impostazione dovrebbe, infatti, ritenersi come **il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare debba rivestire forma scritta**, in virtù dell'equiparazione del suddetto strumento negoziale al contratto preliminare ed al conseguente obbligo formale su di esso gravante *ex* art. 1351 c.c. (*ex multis* Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663; 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). Il fiduciante, dunque, avrebbe dovuto dimostrare l'esistenza di un accordo scritto con il fiduciario in cui si pattuiva l'obbligo alla restituzione del bene. Non era, viceversa, sufficiente una dichiarazione unilaterale rivolta a tale scopo, data la mancata possibilità di supplire la mancanza dell'onere formale *ex post*.

Altro indirizzo, al contrario, inaugurato da Cass. n. 10633/2014, propendeva nel senso di ritenere **non necessaria la forma scritta** ai fini della validità del *pactum fiduciae*. Nello specifico il Supremo Consesso evidenziava come, nella prassi, «*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*». In particolare, più che di vicinanza al contratto preliminare, tale orientamento ne evidenzia i tratti similari

rispetto al **mandato senza rappresentanza** all'acquisto di beni immobili (art. 1705 c.c.). Orbene, le Sezioni Unite propendono per tale indirizzo minoritario e più recente, statuendo come il mandato senza rappresentanza ben si presti a spiegare la struttura del meccanismo insito del negozio fiduciario. Entrambe le ipotesi, sottolinea la Suprema Corte, rappresenterebbero esempi di interposizione reale. Non coglie nel segno, al contrario, l'orientamento che lo assimila al contratto preliminare ove l'effetto obbligatorio si pone come funzionale alla realizzazione dell'effetto reale, mentre 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*». Dunque, il trasferimento del bene, in ottemperanza al *pactum fiduciae* altro non configurerebbe se non un pagamento traslativo, volto essenzialmente a «*neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante*».

Ciò posto la Suprema Corte si interroga sulla forma del mandato senza rappresentanza avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili. Appare, in questa sede rilevante, evidenziare come, nel dare risposta a tale quesito, la giurisprudenza abbia fatto cenno alla distinzione tra contratti a struttura debole e contratti a struttura forte, così rinvigorendo una delle concezioni in passato propugnate da autorevole dottrina (IRTI), in contrapposizione con il prevalente principio della libertà delle forme. Il mandato senza rappresentanza configurerebbe un contratto a struttura debole che, dunque, non comporterebbe necessariamente 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*». In caso di accordo meramente verbale, pertanto, potrà porsi unicamente un problema di carattere probatorio e

non di validità.
Ad abundantiam, inoltre, sottolineano le Sezioni Unite, sancire l'obbligo di forma scritta avrebbe l'effetto di ritenere come affetti da nullità un numero particolarmente cospicuo di intese fiduciarie, posto che nella prassi esse appaiono improntate al requisito della segretezza. Se, dunque, il *pactum fiduciae* potrà essere oggetto anche di accordo verbale, l'obbligo formale permane per l'alienazione del bene immobile tanto dal fiduciante al fiduciario quanto dal fiduciario al fiduciante, *ex* art. 1350 c.c. Ne consegue, pertanto, come la dichiarazione unilaterale del fiduciario abbia carattere meramente ricognitivo dell'obbligo volto al ritrasferimento del bene immobile e ben possa essere ricondotta al paradigma normativo dell'art. 1988 c.c. quale promessa di pagamento, con l'effetto di realizzare unicamente una vera e propria inversione dell'onere probatorio.

4. **LA TUTELA DEL FIDUCIANTE E DEI CREDITORI DEL FIDUCIARIO.**

Rilevante è altresì il tema della tutela del fiduciante pregiudicato dalla condotta inadempiente del fiduciario che si rifiuti di restituirgli il bene. Anche su tale aspetto la giurisprudenza della Suprema Corte prende posizione, ritenendo come egli non debba limitarsi alla tutela risarcitoria, ma come nell'ottica di un *pactum fiduciae* avente effetti obbligatori, ben possa essere esperita la tutela *ex* art. 2932 c.c., ribadendo come il rimedio non debba essere considerato quale presidio posto unicamente a tutela del contratto preliminare 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*».

Quanto ai creditori del fiduciario, come auspicato da autorevole dottrina e quale logico corollario della pronuncia in commento, parrebbe potersi richiamare l'art. 1707 c.c. avente ad oggetto la figura del contratto di mandato senza rappresentanza. La disposizione normativa statuisce come i creditori del mandatario (*rectius* fiduciario) non possano far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario abbia acquistato in nome proprio, purchè trattandosi di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento l'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretto a conseguirlo.

5. NEGOZIO FIDUCIARIO E DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO *EX* ART. 2744 C.C.

Particolarmente discussi, altresì, i limiti applicativi del negozio fiduciario che, talvolta, potrebbe prestarsi ad eludere il divieto di patto commissorio. Ciò avviene specie nell'ipotesi di fiducia *cum creditore* a carattere essenzialmente dinamico. Potrebbe accadere che un dato bene venga trasferito dal fiduciante al fiduciario a scopo di garanzia e, conseguentemente, questo venga trattenuto dal fiduciario in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, con rilevante pregiudizio per la *par conditio creditorum*. Il negozio, pertanto, comportando il trasferimento della proprietà in capo al creditore verrebbe in tal modo piegato a fini del tutto in frode alla legge. Ne sarebbe, dunque, ipotizzabile la nullità per effetto del combinato disposto tra gli artt. 2744 e 1344 c.c. L'interprete, conseguentemente, al fine di verificare la liceità della pattuizione dovrà vagliare la causa in concreto perseguita dai paciscenti, quanto la presenza di meccanismi marciani volti ad una *aestimatio* del bene che, in caso di inadempimento, consenta di restituire

l'eccedenza del ricavato al debitore inadempiente.

6. **RIFLESSIONI CONCLUSIVE.**

La pronuncia del Supremo Consesso ha avuto certamente l'effetto di chiarire una questione particolarmente controversa, oltretutto sconfessando l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità e sganciando opportunamente il negozio fiduciario da ogni assimilazione con il contratto preliminare.
Sotto altro versante, tuttavia, appare opinabile la scelta di non pronunciarsi apertamente sulla natura giuridica del negozio fiduciario nonostante, con minuziosa dovizia di particolari, riporti pedissequamente tutti gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema.
In verità, una velata propensione, in tale ambito, appare emergere nel senso di un'adesione alla ricostruzione della teoria del collegamento negoziale che vede affiancarsi due negozi, l'uno ad effetti reali e l'altro ad effetti obbligatori.
Importanti novità, inoltre, si stagliano altresì sotto il profilo formale, come già evidenziato nel corpo dell'analisi compiuta. Il Supremo Consesso, infatti, opera il richiamo ad autorevole dottrina che, nel contrapporsi all'adesione acritica al principio della libertà delle forme, distingue contratti a forma debole e contratti a forma forte. Pertanto, a parere di chi scrive, anche sotto questo profilo, parrebbe innestarsi una significativa e rilevante innovazione, nel senso di una rivitalizzazione del dibattito sulla forma del contratto, mai sopito in realtà, che ben potrebbe aprirsi in futuro a nuovi e possibili scenari.
Inoltre, pare auspicabile l'innesto di una disciplina legislativa *ad hoc* che regolamenti il negozio fiduciario, onde porre rimedio, *mutatis mutandis*, a tutte le problematiche in punto di certezza del diritto che tale figura negoziale pone.

GIURISPRUDENZA:

Cass. civ. Sez. III, 15/05/2014, n. 10633, in *Giur. It.*, 2015, 3, 582 nota di STEFANELLI:

"L'obbligo di ritrasferimento che trae le sue origini da un pactum fiduciae concluso oralmente, può rinvenire autonoma fonte in una dichiarazione unilaterale, 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. Il riferimento alla causa di questo impegno, indicata nel negozio fiduciario intercorso tra le parti, non rileva ai soli fini dell'astrazione processuale, ma è idoneo a dare liceità causale e meritevolezza all'impegno assunto con l'atto unilaterale".

Cass. civ. Sez. I Sent., 26/05/2014, n. 11757:

"Il "pactum fiduciae" con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, qualora riguardi beni immobili, la forma scritta "ad substantiam" e la prova per testimoni di tale patto è sottratta alle preclusioni stabilite dagli artt. 2721 e segg. cod. civ. – sempre che non comporti, il trasferimento, sia pure indiretto, di beni immobili – soltanto nel caso in cui detto patto sia volto a creare obblighi connessi e collaterali rispetto al regolamento contrattuale, al fine di realizzare uno scopo ulteriore rispetto a quello naturalmente inerente al tipo di accordo, senza direttamente contraddire il contenuto espresso di tale regolamento. Qualora, invece, il patto si ponga in

antitesi con quanto risulta altrimenti dal contratto, la mera qualificazione dello stesso come fiduciario non è sufficiente ad impedire l'applicabilità delle disposizioni che vietano la prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento".

Cass. civ. Sez. II Ord., 25/05/2017, n. 13216:

"*Il "pactum fiduciae", con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad "substantiam", atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo*".

Cass. civ. Sez. II Ord., 09/12/2019, n. 32108:

"*Il "pactum fiduciae" esige la forma scritta "ad substantiam" qualora comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile; deve, pertanto, essere stipulato per iscritto anche il patto fiduciario comportante il trasferimento indiretto di un immobile attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene*".

DOTTRINA:

- CAMPAGNOLO, *Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica*, in *e Contr.*, 2007, 4.
- CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a*

scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario, Padova, 1933 27.

- CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *Contratti*, 2020, 1, 57.
- FALZEA, *Rappresentanza e fiducia*, in *Alcaro-R. Tommasini (a cura di), Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003, 158.
- FORCHINO, *«Pactum fiduciae» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, in *It.,* 2000, 12.
- GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corriere Giur.*, 2019, 12, 1473.
- GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in D*ir. comm.*, 1936, I, 345.
- IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato,* 2014, 1, 35.
- *IRTI*, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985.
- LUPOI, *La consunzione del negozio fiduciario***,** in *Trusts,* 2010, 2.
- MONEGAT, *Il pactum fiduciae immobiliare non richiede la forma scritta quando è accompagnato da una dichiarazione contenente la promessa del fiduciario di trasferire lo stesso immobile al fiduciante che perciò può agire ex art. 2932 c.c.*, in *Immobili e proprietà*, 2020, 4, 257.
- RAGUSA MAGGIORE, *Pactum fiduciae e prova scritta*, in *Fall.,* 2000, 6.
- VALENZA, *Negozio fiduciario – forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, in *It.,* 2020, 2, 283.

Marzia Savini