

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN

“DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI”

XXXVI ciclo

L’obbligazione fiduciaria: fonti, forma e spazi applicativi

COORDINATORE

CH.MO PROF. MASSIMO MIOLA

TUTOR

CH.MA PROF.SSA ORIANA CLARIZIA

CANDIDATO

DOTT. FRANCESCO TORTORA

ANNO ACCADEMICO 2022-2023

INDICE

Introduzione

Capitolo I

Il negozio fiduciario

1. Premessa metodologica
2. La *vis* della fiducia
3. L'evoluzione del concetto di fiducia nei diversi ordinamenti
4. Sulla fiducia e sulla simulazione

Capitolo II

La ricostruzione dei requisiti del rapporto fiduciario

1. La causa e le sue diverse declinazioni
 - 1.1. (Segue) La *causa fiduciae*
2. Il trasferimento fiduciario quale negozio astratto oppure causale
3. Lo scopo fiduciario e la fuga dalla tipicità
4. Il problema dell'opponibilità del *pactum fiduciae*
 - 4.1. (Segue) Criticità legate alla tutela del fiduciante
5. Fiducia e divieto di patto commissorio

Capitolo III

Il negozio fiduciario nell'evoluzione giurisprudenziale

1. Natura e funzioni delle norme che prescrivono la forma scritta *ad substantiam*
2. Patto fiduciario e forma
3. La soluzione innovativa delle Sezioni Unite sul negozio fiduciario con oggetto immobiliare

4. Primi sviluppi ermeneutici conseguenti alla ricostruzione operata dalle Sezioni Unite
5. Profili processuali
6. Profili di diritto tributario

Capitolo IV

Ambiti applicativi del negozio fiduciario

1. La società fiduciaria
2. Il deposito fiduciario
3. Il *trust*
4. I vincoli di destinazione fiduciaria
5. Figure affini nel diritto d'oltralpe: profili di diritto comparato

Bibliografia

Introduzione

Il tema della fiducia negoziale è al centro di un fervente dibattito giurisprudenziale e dottrinale soprattutto in ragione dell'assenza di una espressa disciplina legislativa sul punto.

In merito, infatti, si riscontra una vasta letteratura alimentata dall'evoluzione dei rapporti economici che ha visto il negozio fiduciario al centro delle relazioni intersoggettive generando un rinnovato dibattito giurisprudenziale volto a ridefinire i contorni strutturali del fenomeno fiduciario.

La diffidenza verso il riconoscimento esplicito del meccanismo fiduciario si deve principalmente alla timida regolamentazione afferente esclusivamente all'ambito successorio che ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a un approccio temperato sull'operatività del negozio fiduciario come atto *inter vivos*.

Il cambiamento si è registrato solo grazie al contributo di giuristi come Francesco Ferrara, Giuseppe Messina, Cesare Grassetti che, pur rispettando i dettami dogmatici tradizionali, hanno colto l'attualità e la duttilità della fattispecie fiduciaria. Sulla stessa scia si pongono gli studi di Aurelio Gentili che nel raffronto con figure contrattuali interne ha ravvisato le affinità tra negozio fiduciario e simulazione.

Del resto, il rinnovato approccio metodologico alla materia si giustifica alla luce delle nuove istanze sociali ed economiche che rispecchiano la complessità della società moderna.

Sotto tale aspetto, infatti, si rende necessaria una risposta giuridica in grado di regolamentare i fenomeni sociali emergenti anche grazie all'opera interpretativa della giurisprudenza.

Il contributo giurisprudenziale e dottrinale si è, difatti, rivelato prezioso rispetto a un tema che, ancorché tradizionale nell'approccio, è foriero di novità nella prassi applicativa.

Il presente lavoro mette in luce, da un lato, l'approccio evolutivo alla materia teso a reinterpretare i dettami della dottrina tradizionale e dall'altro la difficoltà di ricondurre ad unità i risultati acquisiti avendo particolare riguardo alla figura del negozio fiduciario e alle diverse declinazioni applicative che esso ha assunto nella prassi; pertanto, l'analisi si soffermerà principalmente sull'evoluzione e le novità di un tema classico pur senza

tralasciare le inevitabili sovrapposizioni con istituti più o meno assimilabili per funzioni o struttura alla controversa figura del negozio fiduciario.

Del resto, come si analizzerà in seguito, al di là dei profili strutturali e rimediali, il ricorso sempre più diffuso al negozio fiduciario risponde essenzialmente alla necessità di piegare, modificare, superare, la rigidità degli schemi preordinati dall'ordinamento nonché dalla volontà degli operatori economici di produrre effetti atipici rispetto a quelli tradizionalmente prodotti.

Di conseguenza, l'indagine si pone al confine tra il dato normativo e l'interpretazione creativa dello stesso laddove si renda necessario sopperire all'assenza di strumenti, soprattutto sul piano rimediale.

Sotto tale aspetto viene in rilievo la tradizionale contrapposizione tra dato empirico e tipicità normativa, dunque, l'individuazione del limite oltre il quale non è possibile allargare le maglie dell'ordinamento.

Tale ricerca deve rappresentare uno stimolo per lo studioso il cui contributo risulta cruciale per una rilettura in chiave innovativa di concetti, come quello della fiducia, apparentemente immutabili, per adeguarli alla realtà.

Tuttavia, il meccanismo fiduciario, in ragione delle peculiarità che lo contraddistinguono rispetto ad altri istituti, postula un approccio metodologico che trascenda da astrazioni aprioristiche da cui far discendere la singola applicazione e, viceversa, risalire dall'osservazione delle singole manifestazioni pratiche, a quei valori costanti che caratterizzano il fenomeno fino a ricondurlo ad unità.

A tal fine, la presente indagine ha preso le mosse da una disamina generale della fattispecie fiduciaria analizzando l'evoluzione del rapporto fiduciario nell'ordinamento e nelle relazioni intersoggettive del diritto privato, in specie nell'ambito degli atti *inter vivos*.

A tal uopo, si è evidenziato in chiave critica lo sforzo dell'elaborazione dottrinale nel ravvisare le affinità tra negozio fiduciario e fattispecie contrattuali tipiche.

Si è proceduto, dunque, ad analizzare le problematiche nonché i dibattiti relativi all'individuazione della *causa fiduciae* e i conseguenti risvolti applicativi, con particolare attenzione alla questione dell'opponibilità del patto fiduciario.

Lo studio si è poi focalizzato su talune problematiche emerse nella prassi relativamente a singole applicazioni dell'istituto in esame e, in particolare, sul dibattito

giurisprudenziale relativo al negozio fiduciario con oggetto immobiliare, analizzando i recenti approdi cui sono giunte le Sezioni Unite sulla forma del *pactum fiduciae* e sulla disciplina da applicare.

Alla luce di tali premesse, l'indagine si è concentrata sull'obbligazione fiduciaria al fine di ricostruirne le fonti, tracciarne la forma e individuarne gli spazi applicativi.

Muovendo dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 6459/2020, lo studio del negozio fiduciario, con particolare riguardo ai suoi riflessi in termini di requisiti del contratto, delle obbligazioni delle parti nonché con riferimento agli aspetti processuali, ha assunto nuova linfa vitale nello studio della dottrina.

L'analisi della tematica è stata declinata nei diversi sviluppi e nelle svariate applicazioni della fiducia nel diritto, partendo dal patto fiduciario con oggetto immobiliare.

Alla luce degli spunti di riflessione emersi nello studio del complesso *iter* processuale che ha condotto alla recente pronuncia delle SS.UU. si è reso necessario uno studio approfondito degli scenari che concernono un istituto del diritto privato risalente nel tempo ma stabile nella sua portata applicativa.

In particolare, è stata approfondita la tematica della forma dei negozi indiretti estendendo l'analisi agli aspetti anche processualcivilistici conseguenti dalla sottoscrizione di un accordo fiduciario, ivi compresa la possibilità di ottenere l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ri-trasferimento gravante sul fiduciario.

Lo studio ha riguardato anche le fattispecie connesse alle dichiarazioni unilaterali ricognitive, con particolare riguardo alla dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ri-trasferimento al fiduciante, e ai suoi risvolti applicativi in ordine alle obbligazioni eventualmente scaturenti per le parti.

Ciò posto, si è reso necessario indagare i tratti comuni con le promesse di pagamento legate all'esecuzione dell'obbligazione fiduciaria, quali atti aventi effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, che realizzano 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.

Al fine di comprendere profondamente le questioni sottese all'obbligazione fiduciaria, l'attività di ricerca si è soffermata sullo studio della letteratura scientifica e, soprattutto, sulle monografie che hanno affrontato il tema.

Pur avendo affrontato i classici della letteratura scientifica sul punto, si è osservato che dopo la seconda guerra mondiale molte delle questioni che avevano rappresentato terreno di riflessione e di scontri nella dottrina italiana furono abbandonate per lasciare il posto alla consapevolezza della necessità di affrontare i problemi del negozio fiduciario o dall'angolo visuale di chi negava rilevanza alla figura in esame o da quello di chi si sforzava di individuare, piuttosto, il concreto assetto di interessi voluto dalle parti per coglierne il senso all'interno della più vasta problematica dei limiti all'autonomia privata.

Ciò posto, lo studio della letteratura scientifica più risalente nel tempo non ha ceduto di certo il passo all'analisi della copiosa giurisprudenza sull'obbligazione fiduciaria e sui commenti dottrinali che hanno posto l'attenzione sugli aspetti oggetto di indagine.

Secondo il costante orientamento della Cassazione, il negozio fiduciario rientra nella categoria più generale dei negozi indiretti, caratterizzati dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta, bensì indiretta; in tali casi il negozio che è realmente voluto dalle parti viene posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico e corrispondente, in sostanza, alla funzione di un negozio diverso.

Ne deriva che 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*.

La giurisprudenza sul tema ha evidenziato il problema della forma degli atti che contengono patti fiduciari.

Infatti, in base al costante parere della Corte di Cassazione necessario corollario delle tesi giuridiche sostenute è che se il *pactum fiduciae* riguardi beni immobili occorre che esso risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. impone la stessa forma del contratto definitivo.

La tesi prevalente ha sempre sostenuto, infatti, che il patto di fiducia esiga 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.

Nel corso dell'elaborato si è dato atto dell'ulteriore teoria affermata in giurisprudenza e in dottrina secondo la quale l'affidamento fiduciario verbale può essere sussunto nella fattispecie dal mandato senza rappresentanza; ebbene, anche per questo caso la Cassazione si è espressa nel senso che il mandato ad acquistare immobili debba rivestire la stessa forma richiesta per la validità dell'atto da compiersi e di conseguenza sempre la forma scritta *ad substantiam*.

Nel corso del IV capitolo è stata analizzato il dibattito giurisprudenziale culminato e composto nella sentenza a Sezioni Unite Cass. Civ. n. 6459/2020, evidenziando che all'orientamento prevalente, che come scritto richiede la forma scritta a pena di nullità se il negozio riguarda diritti immobiliari, si è andato quindi via via contrapponendo un indirizzo che, a fronte di un *pactum fiduciae* concluso anche verbalmente, ritiene sufficiente una dichiarazione unilaterale scritta contenente l'impegno del fiduciario a trasferire al fiduciante (o a un terzo da lui indicato) la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione del precedente accordo.

Alla luce delle considerazioni svolte, la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite è parsa per molti un avallo definitivo alla tesi che ammette la validità di un patto fiduciario in forma orale, avallo sul quale probabilmente bisogna ben riflettere.

La questione sottoposta alle Sezioni Unite della Corte è duplice: in primo luogo si è chiesto di valutare se il requisito della forma scritta può dirsi rispettato anche da una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, che sia espressione della causa fiduciaria esistente in concreto, anche se espressa verbalmente tra le parti.

In secondo luogo, si è chiesto se la fonte dell'obbligazione di ritrasferire il bene sia solo e soltanto un atto bilaterale e scritto, contestuale all'acquisto del fiduciario, o possa sopperire allo scopo anche un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti.

Premesso un breve inquadramento dell'istituto, gli Ermellini danno atto del copioso dibattito esistente sul tema evidenziando come l'orientamento giurisprudenziale definito più volte come prevalente propende per attribuire rilevanza al patto fiduciario solo se esiste un accordo scritto tra le parti.

Tale conclusione discende dall'equiparazione, quanto all'effetto obbligatorio del trasferimento, tra il patto fiduciario immobiliare e il contratto preliminare, con la conseguente necessità di osservare la forma vincolata *per relationem* prevista dall'art. 1351 c.c. In quest'ottica, la valida fonte dell'obbligazione del fiduciario può essere solo un atto bilaterale scritto di tipo dispositivo.

Sul fiduciante grava l'onere di dimostrare l'esistenza dell'accordo scritto, 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.

Ai fini del trasferimento della proprietà immobiliare non è invece sufficiente la dichiarazione unilaterale del fiduciario: una dichiarazione confessoria *ex post* non può infatti sopperire al requisito di forma sostanziale richiesto per legge che deve sussistere fin dall'origine.

All'orientamento in questione se ne è contrapposto uno più recente e minoritario, secondo cui l'accordo fiduciario sarebbe valido anche in difetto di forma scritta, ben potendovi sopperire la dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna a trasferire determinati beni al fiduciante, in attuazione esplicita dell'accordo. A monte della dichiarazione unilaterale potrebbe esservi quindi, per i seguaci di questa tesi, anche un impegno orale delle parti e la dichiarazione, proprio perché volta ad attuare il pactum preesistente, avrebbe una propria "dignità" risultando idonea a costituire un'autonoma fonte dell'obbligazione del promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione.

In giurisprudenza si è osservato che nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, l'indirizzo dominante muove da un'equiparazione tra il patto e il contratto preliminare, sia in punto di effetti che di struttura dei due negozi, che condividerebbero quindi anche la ratio sottesa al requisito di forma imposto dall'art. 1351 c.c.

Muovendo poi dal disposto dell'art. 2932 c.c. la giurisprudenza ipotizza che dato che quest'ultimo si riferisce a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c. dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obbligano i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale.

La norma posta nell'art. 2932 c.c. non riguarderebbe, quindi, solo il contratto preliminare ma qualsiasi negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, tra cui anche il patto fiduciario.

Le Sezioni Unite hanno composto il conflitto ritenendo che l'approdo giurisprudenziale da ultimo citato ricalca un indirizzo che merita di essere rimeditato, evidenziando che nel rapporto che si realizza per mezzo dell'acquisto compiuto dal fiduciario direttamente da un terzo, per conto del fiduciante, il *pactum fiduciae* è assimilabile al mandato senza rappresentanza e non al contratto preliminare.

Nel corso dell'indagine è emerso che dottrina e giurisprudenza sono concordi sul tema, osservando che sia dal punto di vista strutturale che funzionale mandato in nome proprio e negozio fiduciario si presentano entrambi come espressioni dell'interposizione reale di persona.

Al contrario, contratto preliminare e *pactum fiduciae* perseguono assetti di interessi diversi: nel primo l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima e su di esso si innesta quello obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto ma conformarlo all'interesse delle parti.

Muovendo dall'analogia tra mandato senza rappresentanza e patto fiduciario si è osservato che per la validità di quest'ultimo non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, trattandosi di un 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 perciò fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante ha natura immobiliare. Pertanto, se le parti non hanno formalizzato l'accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi semmai un problema di prova ma non di validità del *pactum*.

In base all'art. 1350 c.c. l'osservanza del requisito della forma scritta è imposta invece per gli atti traslativi, quindi per il contratto iniziale di acquisto dell'immobile da parte del fiduciario e per il successivo atto di ri-trasferimento ad opera del medesimo.

Una volta chiarito che non è richiesta la forma scritta per la validità del patto fiduciario in materia immobiliare, nel corso dell'indagine sono stati affrontati gli approdi giurisprudenziali che hanno posto l'accento sulla rilevanza della successiva dichiarazione

scritta con cui l'interposto, riconosciuta l'intestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare il ri-trasferimento finale.

In proposito e con riferimento agli aspetti processuali, si è osservato che una volta ammesso che il patto fiduciario immobiliare è valido anche se stipulato oralmente, il fiduciario è già destinatario di un'obbligazione di ri-trasferimento e il patto stesso diviene il titolo che giustifica l'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione specifica dell'obbligo di trasferimento su lui gravante.

A ciò sopperisce appunto la dichiarazione scritta del fiduciario, atto unilaterale riconducibile alla promessa di pagamento ex art. 1988 c.c., con la funzione di dispensare “*colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale*”, la cui esistenza è presunta fino a prova contraria. Rendendo la dichiarazione, dunque, il fiduciario non assume l'obbligazione di ri-trasferimento di cui è già destinatario in forza del patto fiduciario, anche se stipulato verbalmente, ma è piuttosto onerato a dare eventualmente prova contraria dell'esistenza, validità, efficacia, esigibilità o non avvenuta estinzione del patto, così come dei suoi limiti e contenuto, se difformi da quanto promesso o riconosciuto.

Alla luce del contrasto giurisprudenziale appena delineato, anche in virtù dell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte, possono ritenersi distillati alcuni principi di diritto ormai acquisiti.

In primo luogo, si è osservato che 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.

In secondo luogo, la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ri-trasferimento 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.

Si può aggiungere che nei casi come quello in oggetto in cui nessuna prova esiste del mandato senza rappresentanza che avrebbe conferito il padre alla figlia, anche qualora si accedesse all'ipotesi che il mandato fosse contenuto nella dichiarazione ricognitiva effettuata nel primo luogo, risulta certamente impossibile verificare la validità di esso rispetto ad una totale assenza di tale volontà comprovata dal contenuto dall'atto di provenienza.

L'indagine si è spostata, di conseguenza, dalla (ir)rilevanza della forma scritta od orale del patto alla sussistenza o meno di una causa contrattuale e alla sua corretta individuazione.

Alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate, è emersa con chiarezza l'attualità della tematica oggetto di studio sia da parte della letteratura scientifica che da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità chiamate a delineare l'assetto strutturale dell'obbligazione fiduciaria tra fonti e forma, al fine di individuarne gli spazi applicativi e gli elementi comuni ad altri istituti che si fondano in tutto o in parte sul concetto di fiducia.

CAPITOLO I

Il negozio fiduciario

Sommario: 1. Premessa metodologica. – 2. La vis della fiducia. – 3. L'evoluzione del concetto di fiducia nei diversi ordinamenti. – 4. Sulla fiducia e sulla simulazione.

1. Premessa metodologica

Il presupposto fondamentale da cui muovere per un'indagine sul tema della fiducia negoziale è l'assenza di una normativa specifica sul punto nell'ordinamento giuridico italiano.

Sebbene le elaborazioni dottrinali¹ e giurisprudenziali a riguardo siano copiose e risalenti, il fenomeno della fiducia resta al centro, ancora oggi, dell'attenzione degli interpreti tesi a coglierne gli aspetti innovativi e per certi versi problematici.

La revisione delle tradizionali categorie giuridiche, nel tentativo di soddisfare le nuove istanze sociali ed economiche, ha inevitabilmente riaperto l'interesse per il concetto giuridico della fiducia che, seppur tradizionale nell'approccio, si presenta nelle sue diverse e attualizzate declinazioni e nelle sue contraddizioni.

La fiducia, infatti, si presenta come uno strumento flessibile e dinamico, capace di adattarsi alle diverse esigenze dei soggetti coinvolti nelle relazioni giuridiche.

È la natura stessa del fenomeno fiduciario a rendere impossibile l'individuazione, *a priori*, di un panorama esauriente delle diverse applicazioni pratiche nelle quali lo stesso può estrinsecarsi e che agevolerebbero ai fini della ricostruzione giuridica.

D'altro canto, la mancata convergenza degli sforzi interpretativi verso l'individuazione di un criterio oggettivo ed univoco in grado di fornire una coerenza sistematica ad un concetto dai confini ontologicamente fluidi ha contribuito ad alimentare la

¹ F. FERRARA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905; G. MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p.95; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Città di Castello, 1930, p.50; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937; G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. ital. sc. giur.*, 1937; C. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002.

frammentarietà di un quadro normativo incapace di definire in modo uniforme le condizioni e gli effetti della fiducia².

Di conseguenza, non si può prescindere da una rigorosa analisi del contesto applicativo in cui il fenomeno fiduciario concretamente si manifesta rifuggendo da astratte generalizzazioni che ne snaturerebbero la specificità e prestando peculiare attenzione alla discrasia o iato tra dato empirico e tipicità normativa sì da vagliare l'attualità delle categorie dogmatiche tradizionali alla luce dei mutamenti che si registrano nella realtà sociale.

Ne deriva che l'approccio metodologico da adottare non deve fondarsi su affermazioni aprioristiche da cui far discendere deduttivamente il fenomeno concreto oggetto di indagine ma, viceversa, partire dal concreto atteggiarsi di quest'ultimo nella prassi applicativa individuando quelle costanti che consentano di ricondurlo ad unità. In tale direzione, sempre attuale è l'insegnamento secondo il quale: «tra le categorie concettuali, elaborate dalla pandettistica, e la nuova realtà, non più comparabile per la sua eterogeneità di presupposti, di strumenti, e di fini, con quella che aveva formato oggetto del diritto romano comune e della dottrina pandettistica»³.

È evidente, dunque, che lo sforzo interpretativo debba essere orientato a delineare uno schema concettuale della fiducia derivante dall'osservazione empirica dei casi applicativi, i cui confini non siano ridotti a rigidi formalismi, poiché non vi è dubbio che i dogmatismi ed il rigido formalismo non si rivelano in grado di cogliere la dinamicità funzionale che le parti perseguono con l'istituto della fiducia⁴.

La costruzione di un siffatto paradigma giuridico, tuttavia, non equivale ad escludere né a limitare l'analisi in chiave critica della dottrina e della giurisprudenza che ricostruiscono il fenomeno nelle sue diverse sfumature.

² S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 201 ss. Si veda anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 177.

³ R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. Comm.*, 1956, I, p. 179.

⁴ G. TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 1962, I; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955; ID. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1949.

Al contempo non può prescindersi dalle ragioni storiche dell'affermarsi del negozio fiduciario, quale strumento giuridico forgiato dall'autonomia privata per regolamentare interessi altrimenti insoddisfatti se costretti entro schemi legali predefiniti⁵.

Le peculiarità del meccanismo fiduciario non consentono, infatti, di annoverarlo entro uno schema negoziale predefinito dal Legislatore.

Ai fini dell'individuazione della fattispecie, quindi, è opportuno considerare da un lato il momento statico del tipo negoziale utilizzato dalle parti; dall'altro, la dinamicità del mezzo deputato alla realizzazione del concreto assetto di interessi perseguito dai contraenti, che trascende la funzione del tipo legale prescelto.

Prima facie, sebbene le due componenti sembrano porsi in contraddizione, in realtà disvelano l'essenza ontologica della fiducia.

Tale configurazione giustifica il rinnovato interesse degli studiosi verso un tema che si ripropone al centro di vivaci elaborazioni dottrinali perché ritenuto a geometrie variabili, che non consentono di addivenire ad una soluzione dogmatica soddisfacente.

Invero, in tale prospettiva, la mancata unità di vedute si spiega in ragione dell'assenza di una corretta metodologia a monte circa l'oggetto di indagine.

Occorre prendere atto, innanzitutto, del rinnovato rapporto tra struttura formale dell'atto e funzione a cui lo stesso è concretamente deputato, non sempre coincidente con lo schema legale adottato⁶.

Del resto, come già evidenziato, va considerato che tali figure nascono storicamente «nel tentativo di sovrapporre ad una certa struttura formale un diverso regolamento delle parti ritenuto più consono alla valutazione dei propri interessi»⁷, determinando l'eccedenza del mezzo sullo scopo e, in definitiva, tra causa tipica e causa concreta⁸.

⁵ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p.10 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 p.17 A tal proposito, la dottrina più attenta ha osservato che sempre più spesso il diritto più che fondarsi sugli atti di posizioni si fonda su atti di riconoscimento.

⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

⁷ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p.19 ss.

⁸ Sul superamento di tipicità e atipicità del contratto: P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 389; G. PERLINGIERI, S. GIOVA e L. TULLIO, Prefazione, in G. PERLINGIERI, S. GIOVA e L. TULLIO (a cura di), *Autonomia negoziale e successioni mortis causa, Incontro di Studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 7-8.; G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 1/2018, p. 1 ss.; A. FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Rassegna di dir. civ.* 4/20162016, Issn 0393-182X. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria*

Tanto premesso, tuttavia, non può concludersi che l'indagine possa condursi esclusivamente sull'osservazione e classificazione dalle singole applicazioni della prassi giacché costituirebbe un limite alla costruzione di una categoria giuridica generale, fondata su elementi costanti, nel cui alveo ricondurre le singole ipotesi concrete.

La fuga dalle tipizzazioni normative e, di conseguenza, la crisi dei tradizionali modelli giuridici di fronte a realtà socioeconomiche che s'impongono come modelli nella realtà giuridica, non consente una delegittimazione *tout court* della valutazione legislativa operata a monte dal Legislatore in vista della risoluzione dei conflitti sociali.

Ad oggi, pertanto, la scienza giuridica nella maturata consapevolezza delle mutate visioni prospettiche deve operare una riflessione in linea con il mutato contesto ordinamentale al fine di consentirne l'adeguamento giuridico.

del negozio giuridico, Milano 1966. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?* L'ideale primato di questa decisione, nello sviluppo di carriera della causa concreta, è subito riconosciuto anche da C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 93, nt. 25, e pp. 137-138. Tra le pronunce più recenti, v. Cass., 26 febbraio 2018, n. 4514, reperibile sulla banca dati www.dejure.it, in tema di vendita con patto di riscatto; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23617, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass., 6 luglio 2017, n. 16646, in *Foro it.*, 2017, I, 3390; Cass., 10 maggio 2017, n. 11449; Trib. Roma, 8 luglio 2017; Trib. Venezia, 14 maggio 2016.

Vastissima è la letteratura giuridica che ha affrontato il problema relativo al significato da attribuire alla "causa": tutti gli studi generali dedicati al contratto e al negozio giuridico racchiudono una trattazione più o meno ampia di questa tematica. Tra i contributi dedicati al tema si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza: F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1947); S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo-teoria pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 105 ss.; *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, ivi, p. 75 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; V. PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1301 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1967, p. 32 ss.; A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.; F. MARINELLI, *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 327 ss., nonché in *ID.*, *Gli itinerari del codice civile*, Milano, 1995, p. 31 ss.; L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995)*, Torino, 1997; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; EAD., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 979 ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416 ss.

Sulla causa in concreto come sintesi degli effetti; F. ROSSI, (2008). *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, in *Rassegna Di Diritto Civile*, 2008, pp. 569-578.

2. La vis della fiducia

Gli istituti che intercettano il tema della fiducia hanno da sempre sollevato problematiche sul piano applicativo, stimolando un vivace dibattito che ha coinvolto sia la dottrina che la giurisprudenza civilistica⁹.

La fiducia, invero, è menzionata nel codice solo in modo marginale dall'art. 627 c.c., in tema di successioni. In tale ipotesi la fiducia rappresenta uno strumento giuridico attraverso il quale il testatore dispone realmente a favore di un soggetto, al quale tuttavia viene segretamente imposto l'obbligo di trasferire i beni ricevuti ad altro soggetto¹⁰.

La fiducia testamentaria non genera alcuna obbligazione civile¹¹, rientrando nel novero di quelle che, di norma, vengono definite obbligazioni naturali. Come tale, quindi, essa è esclusivamente soggetta alla *soluti retentio* ex art. 2034 c.c.

Sempre in ambito testamentario, la fiducia viene in rilievo con la sostituzione fedecommissaria disciplinata dall'art. 692 c.c. Con tale disposizione, applicabile solo agli incapaci, il testatore impone all'erede (detto istituito o fiduciario) l'obbligo di conservare i beni ricevuti per restituirli, alla sua morte, ad altra persona (detto sostituito o fedecommissario)¹².

Si pensi, ad esempio, al caso in cui Tizio nomina erede l'incapace Caio e gli sostituisce Mevio, che ne dovrà avere cura. Una volta che Caio morirà, e subordinatamente alla prestazione degli obblighi assistenziali da parte di Mevio, il sostituito Mevio subentrerà nell'eredità.

Le altre norme relative ai rapporti fiduciari sono esterne al codice civile.

⁹ L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, (a cura di) L. PEPPE, Padova, 2008, p. 175.

¹⁰ M. VENTURO, *Il contratto di affidamento fiduciario. Rilievi notarili*, in *Vita not.*, 2015, p. 1451; L. BATTISTELLA, *Il contratto di affidamento fiduciario: una figura da costruire*, in *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, (a cura di) R. BASSETTI, Torino, 2017, p. 209.

¹¹ G. GAZZARA, voce *Fiducia testamentaria*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 427; G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. not.*, 1955, p. 1057; L. BIGLIAZZI GERI., *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, p. 706; B. TOTI, *Disposizione fiduciaria e simulazione testamentaria*, in *Riv. not.*, 2010, p. 335; R. CALVO, *La fiducia testamentaria*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, (a cura di) Calvo e Ciatti, Torino, 2014, p. 303; A. PALAZZO, *Fiducia testamentaria segreta e semisegreta*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 2, p. 419; A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto civile moderno*, III, Roma, 1917.

¹² A. GENTILI, *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, in *La fiducia e i rapporti fiduciari*, Milano, 2012, pp. 42 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, pp. 248 e 318; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 82; M. TRIMARCHI, voce *Negozi fiduciari*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 45 ss.

In questo senso va ricordata, anzitutto, la legge 23 novembre 1939 n. 1966, relativa alle società fiduciarie le quali, in via professionale e imprenditoriale, provvedono ad intestarsi determinati beni, di regola mobili, quali azioni o quote di società di capitali.

Merita una menzione anche il d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, che riguarda l'esercizio professionale delle attività di gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto di terzi.

E, infine, devono essere citati gli artt. 6 e 7 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante *“Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da sovraindebitamento”*, aventi ad oggetto, il primo, la possibilità per il debitore di concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi, per porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali; il secondo, invece, i presupposti di ammissibilità di tale accordo. In particolare, ai fini al vaglio, l'ultimo capoverso del primo comma dell'art. 7 evoca la possibilità di prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

Da ultimo, l'art. 6 della legge 22 giugno 2016, n. 112 recante *“Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare”* nomina, senza tuttavia disciplinarlo, il *“contratto di affidamento fiduciario”*, previsto come strumento alternativo al *trust* o ai vincoli di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645 *ter* c.c., per realizzare forme di separazione patrimoniale a favore di persone con disabilità grave¹³.

¹³ A.C. DI LANDRO, *Destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 25; ID., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 47; F. AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.6.2016, n. 112*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 120; N. ATLANTE, L. CAVALAGLIO, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge «Dopo di noi»: una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. not.*, 2017, p. 227; V.R. CAMPOSEO, *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note sugli aspetti civilistici della L. n. 112/2016 (c.d. «dopo di noi»)*, in *Notariato*, 2017, p. 433; M. TATARANO, *La c.d. legge «dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1465; T. TASSANI, *La legge sul «Dopo di noi» e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, in *Studi e materiali*, 2017, 1-2, p. 283; D. MURITANO, *La Legge n. 112/2016 sul «Dopo di noi»: impressioni, proposte*, in *Studi e materiali*, 2017, 1-2, p. 119; G. AMORE, *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella «legge sul dopo di noi»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1197; A. GALLARATI, *La protezione del patrimonio delle persone deboli*, in *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, R. BASSETTI, Torino, 2017, p. 191; M.C. ANDRINI, *Le situazioni affidanti e la c.d. legge «dopo di noi» (L. n. 112/2016). Parte prima: il trust e l'art 2645-ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 623; ID., *Le situazioni*

In assenza di una disciplina codicistica, la dottrina¹⁴ definisce il contratto fiduciario come il contratto in virtù del quale un soggetto (fiduciante) trasferisce la proprietà di un bene ad un altro soggetto (fiduciario), il quale assume l'impegno di gestire il bene per il perseguimento di certe finalità di interesse del fiduciante o del fiduciario stesso, e successivamente di ritrasferire il bene al fiduciante o a terze persone.

Alla luce delle ipotesi appena menzionate, la dottrina più recente ha definito il negozio fiduciario quello mediante il quale un soggetto aliena un diritto per uno scopo ulteriore che l'alienatario si obbliga a realizzare, per poi ritrasferire il diritto stesso al fiduciante o ad un terzo¹⁵.

Caratteristica del contratto fiduciario è, dunque, la produzione combinata di effetti reali a favore del fiduciario e di effetti obbligatori a favore del fiduciante: l'effetto obbligatorio limita l'effetto reale.

Il fiduciario viene investito dal fiduciante in una posizione di fronte ai terzi eccedente l'intento che le parti perseguono e per la cui realizzazione sorge un'obbligazione del primo verso il secondo; onde si distingue un'efficacia reale esterna del negozio e un'efficacia obbligatoria meramente interna dello stesso, che tra le parti compensa e corregge la prima. Questo eccesso del mezzo sul fine si verifica nel senso che al fiduciario è attribuita di fronte ai terzi una posizione che è poi limitata tra le parti.

Con riferimento ai temi della fiducia e della destinazione patrimoniale si avverte l'esigenza, sul piano scientifico, di una sistemazione idonea ad individuare i principi e gli elementi strutturali delle diverse fattispecie, anche in vista del tentativo di costruire una categoria concettuale unitaria.

Il sintagma "proprietà fiduciaria" evoca, infatti, una pluralità di istituti che, ancorché in larga parte omogenei sul piano degli effetti economici e degli interessi concreti, risultano fortemente differenziati nella elaborazione dogmatica e in talune schematizzazioni teoriche, nel momento in cui si distingue tra fiducia romanistica,

affidanti e la c.d. legge «dopo di noi» (L. n. 112/2016). Parte seconda: i vincoli di destinazione ed il contratto di affidamento fiduciario, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1020; G. AMORE, *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del «dopo di noi»*, in *Stud. jur.*, 2019, pp. 718 e 895.

¹⁴F. CERRI, *Trust, affidamento fiduciario e fiducie. Tre modi di declinare la fiducia nel quadro del diritto europeo*, Milano, 2015; P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts*, 2020, p. 503; E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario (ovvero come rivive una norma del codice civile)*, in *Riv. not.*, 2020, p. 249; F. ALCARO, *Programma e attività nell'affidamento fiduciario e nel trust*, in *Trusts*, 2021, p. 5.

¹⁵P.M. PUTTI, *voce Negozio fiduciario*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 911.

germanistica e *trust*; oppure tra patrimoni segregati, separati, autonomi; oppure tra vincolo fiduciario con portata reale e obbligatoria; e potremmo continuare.

L'innegabile diversa origine degli istituti e la non totale omologazione sul piano effettuale dei negozi giuridici corrispondenti, non impedisce però di apprezzare un dato che è, al tempo stesso, sia storico sia evolutivo, e quindi prospettico.

Se le differenti culture hanno portato alla creazione di variegati modelli di proprietà nell'interesse altrui, occorre sottolineare come siano in parte comuni gli "ingredienti giuridici" che ne costituiscono le basi concettuali¹⁶.

L'omogeneità degli interessi e la condivisione dei fondamentali elementi strutturali è del resto ciò che ha reso e rende possibile la contaminazione degli istituti, la creazione di quei "flussi giuridici" idonei a determinare fenomeni di metabolizzazione e di reciproca integrazione delle soluzioni normative ed interpretative.

Come evidenziato da attenta dottrina sarebbero due le prospettive che consentono di cogliere una dimensione unitaria delle fattispecie di destinazione patrimoniale con causa fiduciaria¹⁷.

La prima attiene all'individuazione dei profili di autonomia patrimoniale ed organizzativi dei negozi fiduciari di destinazione. Una volta rifiutata l'idea che il confronto debba avvenire sul piano dei diritti reali, ritenendo evanescente il tentativo di elaborare forme di "proprietà temporanea" o "diritti reali atipici", si deve assumere che la fiducia operi essenzialmente sul piano dei rapporti e quindi in una dimensione che è naturalmente obbligatoria.

Questa considerazione vale per ogni tipo di fiducia: per il *trust* come per i negozi (per esempio il mandato senza rappresentanza) tradizionalmente ascritti nella categoria della fiducia romanistica.

Se, dunque, la proprietà del fiduciario non è strutturalmente diversa da qualunque altra proprietà e se sulla stessa non si creano specifici (e nuovi) diritti reali, è possibile affermare che la costituzione del rapporto obbligatorio fiduciario produce effetti di

¹⁶ AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, (a cura della) Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2017; E.W. DI MAURO, *Fiducia, trust e contratto di affidamento fiduciario tra San Marino e Italia*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 605.

¹⁷ M.L. GAMBINI, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998; U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, pp. 60 ss.

autonomia e quindi di “*opponibilità del rapporto ai creditori non privilegiati del titolare fiduciario*”¹⁸.

Ciò che più di altro differenzia le diverse fattispecie appare allora essere il grado di autonomia patrimoniale riconoscibile con riferimento al patrimonio oggetto della proprietà fiduciaria. Grado di autonomia che diviene massimo nel trust e nelle altre ipotesi di segregazione patrimoniale in cui il patrimonio non si confonde con quello del trustee/fiduciario, data la piena opponibilità del vincolo ai creditori di tale soggetto, oltre che a quelli del disponente/fiduciante e del beneficiario.

Si assiste, cioè, ad una “*chiusura dei punti di passaggio tra patrimonio generale e oggetto del trust*”¹⁹, che porta ad individuare quella che a tutti gli effetti risulta essere un’autonomia patrimoniale perfetta.

Il modello della segregazione, e quindi della piena autonomia patrimoniale conseguente al vincolo fiduciario, si è diffuso nei sistemi di *civil law*, come quello italiano, che peraltro già disciplinava il fondo patrimoniale con i suoi innegabili caratteri di separazione.

Al punto che oggi è possibile parlare in termini sistemici di segregazione o separazione patrimoniale, in virtù dei vari istituti introdotti legislativamente come, tra gli altri, i patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis c.c.) ed i vincoli di destinazione su beni immobili e mobili registrati (art. 2645 ter c.c.).

A ben vedere, però, effetti di autonomia patrimoniale e di opponibilità, benché meno intensi, sono presenti anche nel mandato senza rappresentanza (art. 1707 c.c.) e non estranei alla tradizione romanistica della fiducia²⁰.

Dove invece il rapporto obbligatorio non risulta idoneo a definire analoghi effetti di opponibilità è nell’ambito della fiducia c.d. germanistica, dato il permanere della titolarità

¹⁸ M.G. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 1; M. GRONDONA, *Agency e trust; mandato e fiducia: istituti a confronto*, in *Trusts*, 2000, p. 347; A. FORCHINO, «*Pactum fiduciae*» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto, in *Giur. it.*, 2000, p. 2258; F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, in *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, (a cura) di Tondo, Torino, 2007, p. 81; A. LUMINOSO, *Intestazione di quota societaria: negozio fiduciario e mandato a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, p. 518.

¹⁹ M. LUPOI, cit.

²⁰ N. BELLOCCHI, *La struttura del negozio della fiducia nell’epoca repubblicana, I. Le nuncupationes*, Napoli, 1979; ID., *La struttura della fiducia, II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall’epoca arcaica all’epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Padova, 2018; A. BURDESE, voce *Fiducia (dir. romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 294; G. GROSSO, voce *Fiducia (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384.

giuridica in capo al fiduciante. Sebbene le esigenze di segregazione e separazione patrimoniale²¹ siano storicamente riconducibili alla creazione di nuovi soggetti di diritto, risulta ormai abbandonato il dogma della necessaria corrispondenza tra (un) soggetto e (un solo) patrimonio e, conseguentemente, affiancato da un modello alternativo piuttosto che solo derogato il principio della responsabilità patrimoniale illimitata ex art. 2740 c.c. al punto da poter ritenere che forme di articolazione del patrimonio possano crearsi senza che ad esse corrisponda l'individuazione di altrettanti soggetti giuridici.

Se, in questo modo, si delinea un punto di arrivo del ragionamento già idoneo a comprendere in una dimensione complessa ma unitaria diverse forme di proprietà nell'interesse altrui, risulta necessario chiedersi se e quando la proprietà fiduciaria possa invece determinare il sorgere di nuovi soggetti giuridici.

In ambito tributario, ad esempio, il Legislatore ha scelto, come è noto, di soggettivare il trust, considerando il patrimonio segregato alla stregua di un "ente". Lo stesso non è stato fatto con riferimento, per esempio, al fondo patrimoniale, o ai patrimoni destinati o agli atti di destinazione testé citati.

Quanto detto induce la dottrina tributaristica ad interrogarsi su quali siano le condizioni minime per poter (dover) ricostruire la soggettività passiva d'imposta qualora il patrimonio sia separato/segregato e dunque pienamente autonomo²².

Ad avviso di alcuni interpreti, poi, oltre all'autonomia patrimoniale (più o meno perfetta) deve sussistere l'ulteriore elemento della dimensione organizzativa²³.

Il negozio di *trust* assume infatti una valenza programmatica, che unifica sul piano funzionale gli atti di esecuzione del programma negoziale, perché orientati alla realizzazione di un determinato fine. Solo attraverso la disciplina recata dall'atto istitutivo è possibile riunire in attività (ancorché non economica, o non necessariamente tale) gli atti posti in essere dal *trustee*.

²¹ G. GUERRIERI, *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, 2022.

²² M. ANNIBALI, *Il regime civilistico e fiscale del trust*, in *Il fisco*, 16 / 200; N. ARQUILLA, *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corriere tributario*, 2007; V. BANCONE, *Negozi fiduciari e trust: le precisazioni in tema d'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Amministrazione e Finanza*, 11 / 2008; A. BUSANI, *La tassazione dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione e del trust liquidatorio*, in *Corriere tributario*, 2013, n. 6.

²³ G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.*, 2020, spec. p. 1139 ss.; G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozio dispositivo*, in *Relazione al Congresso Nazionale dell'associazione "Il Trust in Italia"*, Roma, 19-20 Novembre 1999 consultabile all'indirizzo: www.il-trust-in-Italia.it.

Se si accetta l'idea che la dimensione organizzativa rappresenta l'*a priori* normativo della soggettivazione, così come è avvenuto per gli enti collettivi, deve essere riconosciuta la soggettività (almeno tributaria) a quelle forme di proprietà fiduciaria nelle quali l'autonomia patrimoniale si accompagna ad una disciplina organizzativa e programmatica.

Se quindi i *trust* ed i contratti di affidamento fiduciario possono creare nuove figure soggettive, lo stesso non sembra possibile con riferimento a vincoli "statici" quali il fondo patrimoniale o gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c., oltre che nelle ipotesi in cui è il medesimo legislatore a disegnare un patrimonio separato all'interno di quello generale di un determinato soggetto (come nei patrimoni destinati).

Vi è un'ulteriore prospettiva idonea a definire una visione unitaria delle proprietà fiduciarie.

È quella che attiene all'individuazione, nelle dinamiche negoziali delle diverse fattispecie, di uno o più momenti traslativi di beni e diritti, funzionali a consentire la realizzazione del rapporto fiduciario. Il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario è certamente in grado di determinare l'integrale attribuzione delle facoltà proprietarie senza però, sul piano causale, assumere la funzione di realizzare l'arricchimento del fiduciario²⁴.

Né l'arricchimento si rivela in termini effettuali, se si considera la provvisorietà della titolarità e, comunque, la sua strumentalità rispetto al conseguimento degli interessi perseguiti.

Questo paradigma si riproduce in tutte le fattispecie di fiducia in cui il patrimonio su cui il vincolo si innesta richiede di essere inizialmente trasferito al fiduciario, che già non ne aveva la titolarità, ma può anche presentarsi in una fase successiva (come nel caso del mandato senza rappresentanza ad acquistare, cui consegue un ritrasferimento del bene dal mandatario al mandante).

Quello che si vuole sottolineare è che la valenza solo strumentale di tali trasferimenti permane del tutto analoga nelle differenti fattispecie di proprietà fiduciaria con rilevanti riflessi di disciplina, come dimostra la vicenda tributaria che ha interessato l'applicazione

²⁴ G. DE NOVA, *Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2000, p. 7; F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, *Il Corriere Giuridico*, 6 / 1999, p.5.

dell'imposta sulle successioni e donazioni (oltre alle imposte ipotecaria e catastale) ai trasferimenti patrimoniali dal disponente al trustee.

L'attuale soluzione di diritto vivente è nel senso di ritenere che gli atti dispositivi non abbiano "effetti traslativi" sul piano fiscale (nonostante la sicura capacità traslativa di tipo civilistico), perché non idonei a realizzare attribuzioni definitive nella sfera giuridica del trustee.

L'assenza di traslatività fiscale determina l'applicazione dei soli tributi fissi anziché di quelli proporzionali, data l'assenza di una correlata capacità contributiva espressa dagli effetti giuridici degli atti in questione²⁵.

Ed appare particolarmente significativo osservare come la Corte di Cassazione abbia applicato simili principi e soluzioni al trasferimento del bene, oggetto del mandato ad alienare, dal mandante al mandatario²⁶.

La natura "solo" romanistica della fiducia nel caso oggetto delle pronunce citate, quindi non riconducibile ad una fattispecie di segregazione patrimoniale, non ha impedito alla Suprema Corte di individuare, ed adeguatamente apprezzare, un comune aspetto strutturale e funzionale, direttamente rilevante per ricostruire una (unitaria) disciplina normativa.

3. L'evoluzione del concetto di fiducia nei diversi ordinamenti

Nell'ambito dell'istituto della fiducia si suole distinguere tra fiducia romanistica e fiducia germanistica, a seconda del tipo di tutela, obbligatoria ovvero reale, che spetta al fiduciante in caso di abuso del fiduciario.

Storicamente, nel sistema giuridico romano, la fiducia era un meccanismo che consentiva di trasferire un bene per una finalità fiduciaria (*fidi fiduciae causa*) creando un vincolo giuridico tutelato con *l'actio fiduciae*.

Tale operazione, tuttavia, si basava su taluni modi di alienazione dei diritti reali, la *mancipatio* e la *in iure cessio*, necessari giacché la fiducia non aveva una causa traslativa autonoma e non poteva, pertanto, realizzarsi con la semplice *traditio* (che doveva essere sorretta da una causa valida).

²⁵ G. GAFFURI, N. ALBERTINI, *Costituzione del trust e trasferimento dei beni*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996; A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.

²⁶ Corte di Cass., sez. trib., ord. nn. 15451/15453/15455/15456 del 7 giugno 2019; nn. 16699/16700/16701/16702/16703/16704/16705 del 21 giugno 2019; n. 19167 del 17 luglio 2019; n. 19319 del 18 luglio 2019, consultabili su www.dejure.it

Si trattava, quindi, di un atto formale e astratto di trasferimento, indipendente da una causa specifica²⁷.

Tali caratteristiche rappresentano la causa della progressiva perdita di rilevanza dell'istituto nella prassi giuridica postclassica e giustiniana, in cui prevalsero forme concrete di trasferimento della proprietà che, tuttavia, diedero impulso alla frammentarietà delle fonti da cui avrebbero attinto, più tardi, gli studiosi per la ricostruzione dell'istituto²⁸.

Tra le principali fonti si annovera il testo delle Istituzioni di Gaio che, pur non recando una classificazione sistematica della fiducia, opera una distinzione che ancora oggi costituisce punto di riferimento per gli interpreti: la c.d. *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*.

La prima si riferisce alla fiducia che il debitore ripone nel creditore, impegnandosi a restituire il prestito o a eseguire la prestazione pattuita. Essa rappresentava la forma più diffusa in epoca classica poiché costituiva una valida forma di garanzia²⁹.

Viceversa, la seconda si ipotizza derivasse dall'usanza di affidare i propri beni a un amico fidato in caso di assenza per motivi bellici, come nel deposito. Tuttavia, più tardi, la funzione originaria si è attenuata, per dare spazio a una forma di fiducia più ampia e flessibile, data la maturata consapevolezza che l'istituto potesse soddisfare le più variegate esigenze.

Tale distinzione ha avuto una grande influenza nella storia del diritto dal momento che consente di comprendere meglio la natura e le funzioni della fiducia nel contesto dei rapporti contrattuali.

D'altra parte, la flessibilità dell'istituto della *mancipatio fidi fiduciae causa* è confermata anche dalla Formula Baetica, nella quale si documenta la *mancipatio fidi fiduciae causa* come atto dal quale deriva un obbligo di restituzione, salvo poi aggiungere che, tra le parti, *pactum conventum factum est*, facendo riferimento al patto con il quale fiduciante e fiduciario stabilivano limitazioni al naturale obbligo di restituzione.

Questo significa che la visione classica, accettata anche nei sistemi moderni, secondo cui il dovere del fiduciario derivava dal *pactum fiduciae*, come accordo accessorio all'atto

²⁷ T. MARÈ, *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995.

²⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995.

²⁹ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, cit., pp. 247 ss.

formale di trasferimento e da questo separato (anche se a esso legato), non riflette la vera natura che il fenomeno aveva nel diritto romano.

Il vincolo di restituzione, infatti, nasceva, unitamente al trasferimento, dalla *mancipatio* (o dalla *in iure cessio*) costituiva un effetto, a condizione che (*rectius*: proprio perché) la *mancipatio* fosse avvenuta *fidi fiduciae causa*. In tal modo, l'effetto del trasferimento era prodotto già limitato e condizionato fin dall'inizio.

Come anticipato, il negozio fiduciario non è espressamente regolato dal diritto positivo ragion per cui risulta, tuttora controversa, l'estensione del fenomeno, i presupposti, la terminologia, il contenuto della fattispecie, la sua morfologia, la sua struttura ed i suoi profili causali. Aspetti questi, diversamente individuati dagli autori che hanno affrontato la questione³⁰.

Sotto un profilo pratico, gli scopi per i quali si ricorre al negozio fiduciario hanno condotto alla tradizionale distinzione tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.

La *fiducia cum creditore*, come detto poc'anzi, svolge essenzialmente una funzione di garanzia, che consiste nel trasferimento da parte del fiduciante di un determinato bene a favore del fiduciario, suo creditore, con l'intesa che la restituzione avverrà al momento dell'adempimento del proprio debito.

La *fiducia cum amico*, invece, è uno strumento più duttile in grado di soddisfare diverse esigenze. Essa, infatti, consiste nel conferimento di un incarico al fiduciario attribuendogli uno strumento per il compimento dello stesso. In tal senso costituiscono esempi: le intestazioni fiduciarie di partecipazioni societarie, gli investment trusts e numerose altre applicazioni nelle quali l'esigenza di segretezza, meritevole di tutela, trova massima garanzia nell'adozione dello strumento fiduciario.

La nozione generale accolta dall'ordinamento, sotto la spinta delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, è quella che definisce il negozio fiduciario quello mediante il quale un soggetto (il fiduciante) aliena un diritto per uno scopo ulteriore che

³⁰ AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, (a cura di) Sirena e Zoppini, Roma, 2018; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; A. LENER, voce *Potere e potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 507.

l'alienatario (fiduciario) si obbliga a realizzare, per poi ritrasferire il diritto stesso al fiduciante o ad un terzo³¹.

L'elemento di fiducia, quindi, si ravvisa nella circostanza che il fiduciario agisca nel rispetto degli interessi e delle volontà del fiduciante, anche se formalmente egli è titolare di tutti i diritti e le obbligazioni derivanti dal bene o dal rapporto trasferito in fiducia. Per questo motivo, il *pactum fiduciae* si basa essenzialmente sulla fiducia che il fiduciante ripone nel fiduciario e non su una forma di tutela di tipo coattivo³².

Alla luce di tale definizione la dottrina opera due considerazioni fondamentali.

In *primis* che il limite alla configurabilità del negozio fiduciario è dato da quelle situazioni rispetto alle quali l'ordinamento appresta un sistema di tutele piene, tali da rendere opponibile ai terzi il vincolo al potere del fiduciario.

La seconda conseguenza è che l'elemento peculiare del meccanismo fiduciario è rappresentato dall'eccedenza del mezzo sul fine perseguito dalle parti. Nel senso che il mezzo impiegato, che postula il trasferimento della proprietà, è eccessivo rispetto alle finalità in concreto perseguite, come per esempio consentire al fiduciario la mera amministrazione del bene.

Va in ogni modo rilevato che «la definizione recata risente degli insegnamenti derivanti dal diritto romano, con la conseguenza che per coglierne l'essenza ontologica si rende opportuno chiarire la tradizionale distinzione tra fiducia di tipo romano e fiducia di tipo germanico, il cui discrimine, come anticipato, riguarda l'essenza e i limiti del potere giuridico conferito al fiduciario»³³.

³¹ La nozione di negozio fiduciario, delineata in modo così ampio, abbraccia tutte le figure che questa o quella opinione riconducono al fenomeno della fiducia, e può dirsi, sostanzialmente, pacifica. Cfr., fra gli altri, con formule pressoché analoghe: D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 430; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, pp. 82 ss.; W. D'AVANZO, *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1950, p. 70 e ss.; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1961, p. 99; G. DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, Firenze, 1955, p. 202; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 576 e ss.; A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1960, p. 147; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 150 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 177 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, (diretto da) Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961, pp. 162 ss.

³² Rispetto ad una situazione giuridica soggettiva riferita al fiduciario non solo di carattere reale, ma anche personale, che rende la definizione il più ampia possibile, vedi P. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1932, I, p. 779.

³³ Così, testualmente, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933 p. 10; ma l'impostazione può dirsi comune, e, nel senso che l'indagine vada ristretta alla fiducia c.d. romanistica, cfr., per tutti, C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, p. 348, e G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, cit., p. 18. ove si espone una critica al Ferrara, accusato di non aver esaminato la costruzione germanistica della fiducia «quasi che il qualificare

La differenza tra la fiducia di tipo romanistico e quella di tipo germanistico si basa sul grado di vincolo che il fiduciario ha nei confronti del fiduciante e dei terzi.

Nella fiducia di tipo romanistico, il fiduciario ha un potere illimitato di disporre dei beni affidatigli, e il *pactum fiduciae* che lo obbliga a restituirli al fiduciante o a un terzo da lui designato ha efficacia solo *inter partes*.

Nella fiducia di tipo germanistico, invece, il fiduciario ha un potere limitato di disporre dei beni affidatigli, e il *pactum fiduciae* che lo vincola al fiduciante o a un terzo da lui designato ha efficacia anche *erga omnes*.

Un aspetto che spesso viene trascurato è che i termini della questione non attengono la soluzione migliore a cui riferire i dati esperienziali bensì nel valutare le caratteristiche strutturali ed effettive di due modi di qualificazione, entrambi astrattamente applicabili a un medesimo fenomeno empirico per dedurne le implicazioni riguardo alla compatibilità di ognuno di essi con l'ordinamento interno³⁴.

La fiducia germanista secondo la ricostruzione più nota, prevede che oltre la costituzione della situazione giuridica piena in capo al fiduciario sia prevista anche l'apposizione di una condizione risolutiva per effetto della quale, in caso di morte, di disposizione abusiva da parte del fiduciario e, più in generale, di venir meno dello scopo della fiducia, la titolarità di tale situazione si risolva retroattivamente (travolgendo, così, anche l'efficacia degli eventuali atti di disposizione abusivi eventualmente posti in essere dal fiduciario)³⁵.

Tuttavia, sebbene questo rappresenti il modello più diffuso non è l'unico.

Infatti, la norma del § 185 BGB tedesco, contempla l'attribuzione negoziale del potere di esercitare un diritto in capo ad un soggetto diverso dal titolare del medesimo.

Inoltre, considerato che in base allo scopo perseguito dalle parti non sempre è necessario il trasferimento del diritto, la dottrina tedesca ha ravvisato in tali ipotesi la costituzione di una mera legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto altrui che resta, dunque, nel patrimonio del fiduciante.

giuridicamente in un modo piuttosto che in un altro i rapporti della vita sia questione oziosa o rimessa alla discrezione della dottrina».

³⁴ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit, dove, dopo aver rilevato che l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare, propria del nostro ordinamento, riduce di molto la distanza tra le due costruzioni, esplicitamente si riconosce l'impossibilità di ritenere a priori che l'unico tipo di fiducia ammissibile nel nostro diritto sia quello romanistico raggiungendo una tale soluzione solo successivamente, attraverso l'analisi di una serie di considerazioni di ordine positivo.

³⁵ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit, pp. 9 ss.

Anche se è discussa l'applicazione generalizzata di una siffatta figura nell'ordinamento interno, non può essere trascurata la circostanza che essa abbia trovato applicazione rispetto al fenomeno della intestazione fiduciaria di titoli azionari³⁶.

Il principale ostacolo all'ammissibilità della fiducia germanistica è la scissione che con essa viene a determinarsi nell'ambito delle prerogative proprietarie. Scissione che in genere non è ammessa, salvo che nel settore dei titoli di credito, dove invece l'ordinamento conosce la distinzione tra titolarità e legittimazione.

Tale evenienza consente applicazioni di notevole interesse in materia di negozi fiduciari; è invero possibile limitarsi a trasferire la legittimazione conservando la titolarità dei titoli. Basti, per esempio, pensare alle società fiduciarie, la cui funzione è proprio quella di amministrare in nome proprio i titoli, la cui titolarità compete ad altri³⁷.

Orbene, riconosciuta, dunque, la possibilità di configurare entrambe le modalità del negozio fiduciario, la questione si sposta sull'accertamento circa la volontà delle parti di adottare l'una o l'altra forma.

Il problema, tuttavia, non può risolversi aprioristicamente, privilegiando l'insegnamento romanistico ma, al contrario, attraverso l'interpretazione dell'elemento volontaristico verificando se il fiduciante abbia voluto trasferire al fiduciario la piena proprietà oppure la sola legittimazione o, ancora, se il fiduciante abbia inteso subordinare ad una condizione risolutiva l'intera l'operazione negoziale³⁸.

Se, talvolta, il problema interpretativo, nei termini proposti, si può risolvere facilmente seguendo le indicazioni che derivano da alcune clausole contrattuali, come quelle che si trovano nei contratti di amministrazione firmati con società fiduciarie, altre volte, invece, si rende opportuno esaminare la volontà delle parti tenendo conto di altri fattori.

Per esempio, rispetto alla *fiducia cum amico*, in assenza di indicazioni è preferibile ritenere che le parti abbiano stipulato un contratto fiduciario di tipo romanistico per

³⁶ A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, pp. 506 ss.

³⁷ A. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966. Nello stesso senso depongono le norme contenute nell'art. 1, ultimo comma, del Regio Decreto n. 239 del 29 marzo 1942 e nell'art. 9 della Legge n. 1745 del 29 dicembre 1962, secondo cui le società fiduciarie che abbiano intestati al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli stessi. La possibilità di scindere la titolarità dalla legittimazione all'esercizio dei diritti sociali è stata ammessa anche nelle società a responsabilità limitata da P.G. JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza Commentata*, 1979, I, p. 81 e ss.

³⁸ U. CARNEVALI, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di Diritto Privato* (a cura di) Irti, 1, Diritto Civile, Milano, 1980.

esigenze di tutela. In tal modo, infatti, il bene fuoriesce dal patrimonio del fiduciante ed è di conseguenza sottratto alle pretese creditorie.

Nonostante l'apertura a forme di fiducia di tipo germanico, la dottrina³⁹ classica tende a limitare il campo d'indagine alla fiducia di tipo romanistico sul presupposto che nel sistema interno sia preclusa la possibilità di creare posizioni reali atipiche opponibili a terzi, in contrasto con la vigente regola del *numerus clausus* dei diritti reali.

Altre volte, riferendosi all'assenza di una tipicità normativa della fiducia, invocando la norma cardine sulla responsabilità patrimoniale (ex art.2740 c.c.) che non ammetterebbe forme di separazione patrimoniale⁴⁰.

Nell'ordinamento italiano la fiducia germanica, caratterizzata dall'opponibilità ai terzi del vincolo fiduciario, è fenomeno eccezionale, essenzialmente circoscritto alla fattispecie dell'intestazione fiduciaria di azioni e quote sociali a società fiduciarie.

Il modello di fiducia generalmente accolto è quello della fiducia romanistica, nel suo duplice atteggiarsi come fiducia statica o dinamica.

Accanto alla fiducia dinamica, infatti, caratterizzata dal trasferimento del bene, può esistere una fiducia statica, che riguarda un bene già di proprietà del fiduciario o acquistato da questi con mezzi messi a disposizione dal fiduciante. In quest'ultimo caso, il contratto fiduciario si ridurrà nell'imposizione di obblighi di gestione del bene nell'interesse del fiduciante e di trasferimento a favore del fiduciante stesso o di terzi beneficiari⁴¹.

Nel modello di fiducia romanistica le finalità del fiduciante sono realizzate attraverso il *pactum fiduciae* avente efficacia obbligatoria, vincolante, cioè, solo nei rapporti tra fiduciante e fiduciario e quindi ininfluyente sul regime della proprietà del fiduciario, che rimane diritto pieno ed esclusivo nei confronti dei terzi e, dunque, caratterizzato dalla

³⁹ A. GENTILI, "La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)", in *Fiducia e rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Atti del Convegno Bergamo 22-23 aprile 2012, (a cura di) E. GINEVRA, Milano, 2012, cit., p. 59. S. MAZZAMUTO, "La Fiducia", in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) S. MAZZAMUTO e C. CASTRONOVO, 2, Giuffrè, 2007, p. 611, il quale osserva che solamente la fiducia dinamica rispetto alla fiducia statica, possa caratterizzarsi come "vera" fiducia, data la circostanza della diversa provenienza dei beni affidati.

⁴⁰ U. CARNEVALI, voce *Negozi giuridico*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, e L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 15; nello stesso senso anche N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 62, il quale nega la possibilità di ricondurre ad unità, nell'ambito di una unitaria categoria giuridica, i molteplici aspetti pratici del fenomeno.

⁴¹ E. GINEVRA, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, in AA.VV., *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario - Atti del Convegno, Bergamo 22-23 aprile 2012*, (a cura di) E. GINEVRA, Milano 2012, p. 127.

possibilità di abuso del fiduciario, dovuta al fatto che gli obblighi nei confronti del fiduciante non sono opponibili ai terzi.

Il dibattito sul negozio fiduciario e, in particolare, sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di vincoli fiduciari opponibili ai terzi si è riaperto proprio nel 2006, con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., a norma del quale «gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo»⁴².

La norma citata è stata fortemente criticata⁴³ sul piano della tecnica legislativa perché con una sola disposizione, collocata nel Libro Sesto sulla tutela dei diritti, titolo I, capo I, sono state contemporaneamente dettate norme sulla trascrizione relativa sia ai beni immobili sia ai beni mobili registrati; sui requisiti sostanziali di legittimità del vincolo di destinazione, sulla forma dell'atto costitutivo del vincolo, sull'azione a tutela dell'osservanza del vincolo e sugli utilizzi consentiti dei beni vincolati, sull'effetto di segregazione rispetto ai creditori, e quindi in tema di espropriazione forzata.

⁴² A. FEDERICO, G. PERLINGIERI, *Il contratto*, settembre 2017, Napoli; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1323; R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992; L. FERRI, Art. 2645 c.c. in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja – G. Branca*, Bologna – Roma, 1968; GENTILE, voce *Trascrizione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1973, p. 519; CANESSA, *I trusts interni. Ammissibilità del trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano (con prefazione di M. LUPOI)*, Milano, 2001, 3 e ss. e 17 ss.; P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è dunque norma sugli effetti*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 626 ss.; A. PICCIOTTO, *Orientamenti giurisprudenziali sull'art. 2645 ter c.c., in Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, p. 297 (va peraltro rilevato che quest'ultimo autore è il giudice estensore dei decreti tavolari di cui alla nota successiva); L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 146; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010, p. 55.

⁴³ A. GENTILI, *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1978, passim; Id., *La fiducia, Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, pp. 607 e ss.; Id., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, in *La fiducia*, cit., p. 31.

La disposizione assume, una peculiare importanza in quanto incide in modo significativo sulla configurazione di molti istituti ed induce ad un ripensamento di importanti categorie civilistiche concernenti, in particolare, le materie dei vincoli reali di destinazione, anche in rapporto alla separazione e alla segregazione patrimoniale, dei vincoli volontari di indisponibilità.

Nonostante la mancanza di una disciplina normativa, il negozio fiduciario è una figura contrattuale pacificamente accettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che ne hanno individuato i presupposti e gli effetti.

Il fenomeno fiduciario si presenta più che come fattispecie unitaria come un insieme di operazioni che rispondono ad una molteplicità di funzioni e scopi pratici essendo diversi gli interessi che possono sorreggere l'operazione negoziale, la cui peculiarità si ravvisa nell'eccesso del mezzo sul fine, poiché, come messo in evidenza dalla dottrina⁴⁴ la volontà delle parti è diretta ad utilizzare un negozio giuridico che produce effetti non tutti utili al perseguimento dello scopo ma in eccedenza rispetto allo stesso.

Il negozio fiduciario, infatti, consente di realizzare un duplice effetto: reale, consistente nel trasferimento del diritto; obbligatorio, consistente nel ritrasferimento dello stesso ma con effetti solo tra i contraenti e, dunque, non opponibile ai terzi.

Tale complessità ha reso difficile operare un inquadramento dogmatico dell'istituto, tanto che, sul tema della natura giuridica della fiducia, si sono confrontate diverse posizioni sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale.

Secondo una diffusa impostazione⁴⁵ il negozio fiduciario si annovera nella più ampia categoria dei negozi indiretti.

⁴⁴ C. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino 2002, pp. 3 ss.; E. MESSINA, *Negozi fiduciari. Introduzione e parte generale*, Città di Castello 1910, ora Id., *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, pp. 105 ss., 136 e ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 1948, pp. 182 ss., ora Id., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano 1951, pp. 201

⁴⁵ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933, p. 39 s., ove si afferma che «i negozi indiretti comprendono i negozi fiduciari, i quali non costituiscono l'unico esempio della categoria. Si può dire indi che si è in presenza d'un negozio fiduciario, sempre che si ha una contrapposizione tra un rapporto reale e un rapporto obbligatorio, e un'eccedenza del mezzo sullo scopo; si ha invece negozio indiretto, in genere, tutte le volte che si presenta una semplice dissonanza tra il mezzo adoperato e il fine perseguito» (ho tolto il corsivo al pezzo sottolineato). Sulla figura del negozio indiretto, senza pretesa di completezza: T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, p. 23 ss. [ulteriormente rivisto in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pp. 3 ss. e spec. 70 ss.], nonché ID., *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, già in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 462 ss.; ID., *Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 1936, I, cc. 1389 ss. e 1392; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 147 ss. (nonché ID., *Negozio indiretto*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 988 ss.); A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario*,

A tal proposito, si osserva che il negozio indiretto, similmente a quello fiduciario, è diretto al perseguimento di un effetto ultroneo o addirittura diverso da quello tipicamente prodotto dallo schema contrattuale prescelto dalle parti e corrispondente ad un tipo di negozio diverso⁴⁶.

Sotto tale aspetto, l'identità si ravvisa nella volontà delle parti di perseguire uno scopo ulteriore che trascende quello che discende dal contratto concretamente stipulato.

Il negozio indiretto rappresenta una categoria generale caratterizzata dal fatto di realizzare un determinato effetto giuridico non in via diretta bensì indiretta: il negozio, realmente voluto dalle parti, viene posto in essere in vista di un fine pratico diverso da quello suo tipico, e corrispondente alla funzione di un diverso negozio.

Dunque, anche in tal caso, la causa tipica che sorregge l'operazione negoziale risulterebbe piegata ad un fine diverso.

Tuttavia, va precisato che indipendentemente dalla circostanza che le parti attuino l'assetto dei propri interessi *de relato*, la loro volontà è comunque diretta realmente anche al perseguimento degli effetti dell'atto posto in essere, benché siano strumentali rispetto agli scopi ulteriormente perseguiti.

Sotto tale aspetto, la dottrina prevalente⁴⁷ conferma la rilevanza della causa del negozio indiretto in termini di coerenza tra lo scopo ulteriore che le parti intendono perseguire e la causa del contratto effettivamente concluso. In quanto l'elemento causale del tipo negoziale adoperato non sarebbe alterato né frustato dalle diverse modalità di utilizzo - appunto indirette - del contratto da parte dei contraenti.

negozio indiretto e negozio simulato, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, p. 705 ss.; ID., *Ancora in tema di negozio fiduciario e negozio indiretto*, *ivi*, 1947, p. 415 ss.; G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 30 ss.; con attenzione ai rapporti tra negozio indiretto, negozio fiduciario e simulazione relativa, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, s.d., [1948], rist. Napoli, 2011, pp. 251 ss. e 256 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 2ª ed., rist. Torino, 1960, p. 411; A. AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 220 ss.; P. GRECO, *Le società di «comodo» e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 757 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto e successione della prole adulterina*, nota a Cass., 18 giugno 1930, in *Foro it.*, 1931, I, c. 176 ss.; A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 414 ss., poi in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 327 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; G. SCALFI, *Negozio giuridico*, V) *Negozio indiretto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990, p. 1 ss., e N. DISTASO, *Donazione indiretta, negozio indiretto e acquisto di immobile fatto dal figlio, a nome proprio, con denaro fornito dal padre*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, II, pp. 205 ss. e spec. 213 ss.; A. FEDERICO, *Uso "indiretto" del negozio giuridico*, Napoli, 2001.

⁴⁶ P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano 1974, pp. 29 ss.

⁴⁷ F. BERTOLDI, *La fiducia cum amico*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, (a cura di) L. PEPPE, Roma 2008, pp. 47-91.

L'ordinamento, infatti, riconosce pienamente validità ai negozi indiretti; validità che potrebbe risultare compromessa solo ove il contratto sia piegato dalle parti alla realizzazione di fini illeciti comuni ovvero stipulato in frode alla legge.

Queste caratteristiche dimostrano le difficoltà nel tracciare una linea di confine netta tra negozio fiduciario e negozio indiretto.

Questo è ancora più evidente se si considerano talune fattispecie atipiche che nella pratica generano incertezza sulla loro classificazione nell'uno o nell'altro ambito e che confermano. Di conseguenza, la relazione di *species* a *genus* che sussisterebbe tra le due figure contrattuali⁴⁸. Dello stesso avviso, peraltro, è la corrente dottrinale⁴⁹ che qualifica il negozio fiduciario come un contratto unitario sorretto da una propria causa interna, la *causa fiduciae*, quale risultante dell'effetto reale, da un lato, e dell'effetto obbligatorio, dall'altro. A tale stregua, l'effetto obbligatorio non limita l'effetto reale, ma lo giustifica e lo integra, costituendo la ragione giustificatrice dell'operazione negoziale⁵⁰.

Anche in tal caso, la causa traslativa tipica risulta piegata a scopi fiduciari, con la conseguenza che il negozio fiduciario, considerato nel suo complesso è esso stesso un negozio indiretto secondo un rapporto di specie a genere.

Anche la giurisprudenza maggioritaria ravvisa un'affinità strutturale tra i due istituti. In tal senso si è affermato che il negozio fiduciario al pari di quello indiretto si piega ad una funzione diversa da quella tipica del contratto posto in essere⁵¹.

Nel negozio fiduciario, infatti, il diritto è realmente trasferito al fiduciario che ne acquista la proprietà avendone così la piena disposizione, limitata però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae*.

Questo consentirebbe, dunque, di annoverare il negozio fiduciario nella categoria dei negozi indiretti, caratterizzati anch'essi dal fatto di realizzare un determinato ed ulteriore effetto giuridico non in via diretta bensì indiretta⁵².

⁴⁸ A. AURICCHIO, *Negozi indiretti*, in NDI, XI, p. 220; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Milano, 1938, p. 45; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937.

⁴⁹ P. GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in Riv. Dir. Comm., 1932, I p.772.

⁵⁰ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit.

⁵¹ Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2011 n.10163; in senso conforma Cass. civ., Sez. I, 17 settembre 2019, n.23093.

⁵² E. GINEVRA, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, cit., pp. 127 e ss.

A diverse conclusioni perviene, invece, la tesi che individua nel negozio fiduciario un collegamento negoziale⁵³.

Secondo tale indirizzo, sul piano strutturale vi sarebbe un primo negozio ad effetti reali, di carattere esterno ed efficace verso i terzi, e un secondo negozio, collegato all'altro, ad effetti obbligatori. Quest'ultimo modifica il risultato finale del primo negozio comportando un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo che consiste in un fine ulteriore, che trascende gli effetti tipici di ciascuno dei singoli negozi in ragione del nesso teleologico tra di essi.

Il negozio fiduciario, dunque, consisterebbe in un'operazione negoziale formalmente articolata in più negozi ma sostanzialmente a carattere unitario e diretta a realizzare il programma fiduciario.

È chiaro che la configurazione di un negozio traslativo astratto ed un negozio obbligatorio che ne rappresenta la causa astratta non consente di operare un'equivalenza tra negozio fiduciario e negozio indiretto, dal momento che quest'ultimo postula sempre l'esistenza di un negozio causale, giacché nel negozio astratto è assente uno scopo tipico ed è, quindi, impossibile supporre una sua utilizzazione a fini indiretti⁵⁴.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria concordino sull'esistenza di un legame strutturale tra negozio fiduciario e negozio indiretto tale da configurare un rapporto di specie a genere, non mancano osservazioni in senso contrario sollevate da una parte della dottrina⁵⁵.

Sul piano dogmatico si è dubitato della natura autonoma della categoria giuridica del negozio indiretto e, quindi, della sua stessa esistenza. In tal senso è stato individuato nel fine ulteriore un semplice motivo irrilevante che non sarebbe oggettivizzato nel regolamento contrattuale tale da costituirne la ragione giustificatrice⁵⁶.

Sul punto la tesi più estrema, partendo dal presupposto che i negozi fiduciari siano sorretti da una causa atipica sostengono di non poterli annoverare nella categoria dei negozi indiretti di cui, peraltro, si dubita della stessa rilevanza giuridica; in tal senso «o

⁵³ M. LUPOI, *Introduzione ai Trusts*, Milano 1964, pp. 72 ss.

⁵⁴ A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pp.414 ss.

⁵⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 822, ove si precisa che: «le conseguenze giuridiche sono di per sé quelle proprie dei negozi posti in essere cosicché il raggiungimento dello scopo ulteriore si pone a livello di motivo individuale».

⁵⁶ G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, pp. 398 ss.

sussiste anche empiricamente la causa tipica e allora il negozio produce i suoi effetti ed è valido, ma sono irrilevanti i motivi ulteriori che si accompagnano a quella causa, onde ne deriva l'irrilevanza dogmatica della categoria; oppure la causa tipica non sussiste e allora è vano parlare di negozio indiretto perché si avrà o un negozio diverso o un negozio atipico»⁵⁷.

Sotto altro aspetto, un punto di divergenza tra i due istituti si ravvisa sul piano rimediale.

Nel contratto fiduciario, infatti, rispetto all'inadempimento degli obblighi derivanti dal *pactum fiduciae* da parte del fiduciario, il fiduciante è sprovvisto di adeguata tutela, atteso che l'ordinamento riconosce una tutela risarcitoria ma non anche restitutoria, salvo casi espressamente previsti.

Viceversa, il contratto indiretto non fondandosi sulla *causa fiduciae*, consente in caso di inadempimento della controparte di ricorrere a tutti i mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento per lo schema contrattuale prescelto.

In ultimo, si è evidenziato che sarebbe dirimente la circostanza che nel meccanismo fiduciario si configura un'eccedenza del mezzo rispetto al fine perseguito dalle parti, contrariamente a quanto avviene nel negozio indiretto rispetto al quale si ha un'eccedenza dello scopo sul mezzo adoperato dalle parti⁵⁸.

4. Sulla fiducia e sulla simulazione

Un tema che è stato al centro di vivaci dibattiti giurisprudenziali e dottrinali⁵⁹ ha riguardato anche l'individuazione di un criterio discrezionale tra negozio fiduciario e simulazione.

⁵⁷ D. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 363.

⁵⁸ A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, p. 414 e ss. Si veda anche C. M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit.

⁵⁹ Tra le tante: Cass. 22 giugno 1968, n. 2097, in *Banca Borsa*, 1969, II, p. 181; Cass. 9 maggio 196, n. 933, *ivi*, 1968, II, p. 197, Cass. 24 luglio 1964, n. 2018, *ivi*, 1965, II, p. 23; Cass. 27 febbraio 1962, n. 378, in *Rep. Foro It*, 1962, voce "*Frode e simulazione*", n. 14; Cass. 29 febbraio 1960, n. 361, in *Giur. It. Mass.*, 1960, c. 92 e ss.; Cass. 12 ottobre 1955, n. 3048, *ivi*, 1955, c. 737; Cass. 18 gennaio 195, n. 1955, *ivi*, 1955, c. 26; cass. 30 dicembre 1954, n. 4638, in *Giur. It.*, I, 1, c. 503 e ss., nonché in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II, p. 337 e ss.; Cass. 11 agosto 1952, n.2646, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1953, I, p. 22 con nota di MIELE, *Distinzioni tra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, p. 265 e ss.; Cass. 12 gennaio 1952, n. 59,

L'assenza di una tipicità normativa del fenomeno fiduciario ha indotto, per lungo tempo, la dottrina ad annoverarlo nello schema della simulazione c.d. relativa⁶⁰, estendendo disciplina e rimedi.

Prima di analizzare le analogie e le differenze tra le due figure in esame, appare opportuno fare un breve cenno all'istituto della simulazione.

Attraverso la vicenda simulatoria le parti realizzano il comune interesse di plasmare un regolamento negoziale diverso da quello effettivamente voluto.

Il contratto simulato, quindi, assume la funzione di diaframma tra ciò che le parti consapevolmente dichiarano e ciò che realmente vogliono.

La volontà delle parti, in tal caso, non è assente ma è diretta a realizzare un'apparenza rispetto a ciò che realmente intendono realizzare.

Sussistono, pertanto, due volontà, distinte ma intimamente collegate, volte a creare un complesso meccanismo di effetti interni ed esterni che, seppur difformi, convivono.

Sul piano dell'efficacia tale combinazione è regolata, infatti, agli artt. 1414 - 1417 c.c. che distinguono gli effetti della simulazione tra le parti e quelli rispetto ai terzi con particolare riferimento ai creditori.

In tale prospettiva è possibile cogliere la sintesi e l'unitarietà dei rapporti intercorrenti tra accordo simulatorio e negozio simulato, intesi come complessa ed unitaria operazione volta a realizzare l'apparenza di un negozio formalmente ed esternamente perfetto ma in realtà inefficace *inter partes*⁶¹.

Contratto simulato ed intensa dissimulata *a latere*, pertanto, costituiscono sotto il profilo funzionale un'unica operazione.

La simulazione si declina in assoluta e relativa. La prima si configura quando le parti attraverso l'intesa dissimulata (accordo a latere in cui le parti esprimono la reale volontà) non intendono perfezionare alcun rapporto giuridico, né - di riflesso - modificare lo stato delle cose e la consistenza delle rispettive sfere giuridico- patrimoniali.

in Rep. Foro It., 1952, voce "Frode e simulazione", nn. 25 e 27; Cass. 29 febbraio 1952, n. 553, ibidem, n. 14; Cass. 14 aprile 1950, n. 913, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1951, II, p. 241 e ss., con nota di L. CARIOTA FERRARA, *Negozio fiduciario e negozio indiretto*, p. 246 e ss.

⁶⁰ A. GENTILI, "Simulazione", in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XII, tomo V, *Il contratto in generale*, a cura di M. COSTANZA, A. CHECCINI, F. ROSELLI, G. VETTORI, M. FRANZONI, A. GENTILI, Torino, 2002.

⁶¹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit.; C. M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in Riv. notariato, 2006, I, pp. 1189 ss.; C. M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto di destinazione negoziale*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di C. M. BIANCA, Milano, 2007 pp. 29 ss.

La simulazione relativa, invece, si ha nel caso in cui i contraenti vogliano modificare la situazione giuridica avvalendosi di un regolamento negoziale diverso dal vincolo apparente.

A sua volta essa si distingue in oggettiva, quando gli elementi di distinzione fra contratto simulato (dichiarazione apparente) e contratto dissimulato (volizione vera) riguardano il modello negoziale, oppure gli elementi dello stesso; soggettiva, quando il rapporto giuridico intercorra di fatto fra parti diverse rispetto a quelle del contratto simulato. In tal caso si concretizzano gli estremi di un'interposizione fittizia di persona.

Orbene, tanto premesso, la tesi tradizionale ha interpretato il rapporto tra il negozio fiduciario e il contratto simulato come una relazione di reciproca influenza, valorizzando l'aspetto funzionale piuttosto che strutturale degli stessi⁶².

A tale stregua, dunque, si è evidenziato che l'equiparazione si fonda sul risultato ultimo avuto di mira dalle parti mediante la conclusione dei due patti a latere: in un caso il *pactum fiduciae*; nell'altro il patto dissimulato. Tali atti, infatti, costituirebbero espressione della reale volontà delle parti e, quindi, dell'assetto degli interessi che effettivamente intendono regolamentare ricorrendo, rispettivamente, al meccanismo fiduciario e simulatorio⁶³.

La sovrapponibilità tra i due istituti, in tale prospettiva, viene giustificata trascendendo la dicotomia realtà - apparenza che distingue i due istituti, ravvisando l'elemento comune nel «contrasto di regole tra il profilo attributivo e patto correttivo»⁶⁴.

Sul punto, tuttavia, si è obiettato che la discordanza tra quanto dichiarato e quanto voluto tra le parti rileva solamente in chiave teleologica e non anche strutturale.

Tale visione, infatti, appare discutibile sotto diversi aspetti, in quanto tende a ridurre il contratto fiduciario a una mera apparenza priva di effetti giuridici propri.

Non vi è dubbio che il contratto fiduciario abbia una propria specificità e funzione economica-sociale, che non si identifica con quella del contratto simulato. È ormai

⁶² C. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Diritto Privato, 1, Milano, 1998. L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.

⁶³ A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, p. 317-318, afferma inoltre «Il vero è che in nessuna delle due prospettazioni si definiva una figura realmente diversa dalla simulazione. Nell'ipotesi opposta, come già i primi critici rilevarono».

⁶⁴ Cfr. A. GENTILI, *Simulazione*, cit.p.551.

consolidata, infatti, l'idea secondo cui nonostante le analogie, i due istituti differiscano sotto il profilo sostanziale.

In primo luogo, l'indirizzo criticato non tiene conto della peculiare natura del rapporto fiduciario, che postula un reale trasferimento della proprietà al fiduciario, benché con funzione di garanzia o di gestione.

Il negozio fiduciario è definito⁶⁵, infatti, come una fattispecie complessa caratterizzata da un collegamento funzionale tra l'effetto traslativo a rilevanza esterna, comportante l'attribuzione dell'effettiva titolarità del diritto al fiduciario, e l'effetto obbligatorio, fondato sul *pactum fiduciae* che rileva nel rapporto tra fiduciante e fiduciario.

L'effetto attributivo, pertanto, già confermerebbe una sostanziale differenza tra i menzionati istituti, atteso che lo stesso, sul piano dell'efficacia, non rileva nel contratto simulato.

Ciò contrariamente all'indirizzo, ormai superato, che fonda l'equivalenza delle due situazioni sovrapponendo il profilo rimediabile con quello del fondamento giuridico del diritto, al punto da ritenere la proprietà fiduciaria simulata e, quindi, inesistente sul piano strutturale⁶⁶.

In tal modo, dunque, è negata la realtà che connota il negozio fiduciario in contrapposizione alla simulazione che invece, si fonda sull'apparenza del diritto. In quest'ultimo caso, infatti, le parti dichiarano una volontà volta a generare una situazione giuridica apparente, confermata dalla controdedichiarazione a latere con cui manifestano il reale intento⁶⁷.

Ne deriva che il primo tratto di divergenza dato dall'elemento volontaristico presente nel contratto fiduciario; assente, secondo taluni⁶⁸, in quello simulato.

⁶⁵ Si veda, a tal riguardo, M. GAMBINI, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 853. Si considerino, altresì, le pronunce della giurisprudenza maggioritaria di legittimità in materia, tra cui: Cass. 18 aprile 1956, n. 1331; Cass. 28 maggio 1958, n. 2724; Cass. 29 maggio 1993 n. 6024, con nota di S.M. CARBONE, *Pactum fiduciae ed interposizione reale*, in *Corriere giuridico*, n. 7/1993, p. 885; nonché, con nota di GIULIANI, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 8; con nota di G. CHINÈ, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 581. Cass. 28 settembre 1994, n. 7899; Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768; Cass. 23 giugno 1998, n. 6246, in *Giustizia civile*, 1998, I, p. 2778; Cass. 27 novembre 1999, n. 13261; Cass. 1° aprile 2003, n. 4886; Cass. 27 luglio 2004 n. 14094, con nota di P. CRISCUOLI, *Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria*, in *Riv. notariato*, 2005, p. 1445 e ss.; Cass. 25 giugno 2008, n. 17334.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, cit., pp. 76 ss.

⁶⁷ A. GENTILI, "Simulazione", cit., p. 552.

⁶⁸ F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ed., Roma, 1922, pagg. 56-66; F. PESTALOZZA, *La simulazione dei negozi giuridici*, Milano, 1919, p. 125; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pag. 43.

Sul piano strutturale l'effettiva titolarità del diritto reale in capo al fiduciario, seppur strumentale e condizionato dall'obbligo discendente dal *pactum fiduciae*, configura una situazione giuridica effettiva a differenza della simulazione che pone i contraenti in una situazione di apparenza contrattuale⁶⁹.

Caratteristica del contratto fiduciario è la combinazione di effetti reali in capo al fiduciario ed obbligatori a vantaggio del fiduciante.

La differenza tra quest'ultimo e la simulazione assoluta è di immediata percezione, atteso che il contratto simulato è soltanto apparente.

Nella simulazione assoluta, peraltro, i terzi aventi causa dal titolare apparente, se in buona fede, fanno salvo il proprio acquisto. Per contro, gli aventi causa del fiduciario sono tutelati a prescindere dalla buona fede, dal momento che il fiduciario, diversamente dall'acquirente apparente, è l'effettivo proprietario del bene, ed il *pactum fiduciae*, ai sensi dell'art.1373 c.c., non è opponibile ai terzi⁷⁰.

Nel raffronto con la fattispecie della simulazione relativa, invece, o interposizione fittizia va considerato che l'intestazione fiduciaria, diversamente dall'intestazione fittizia integra un fenomeno di interposizione reale, mediante il quale l'interposto acquista effettivamente la titolarità del bene, ma in virtù di un rapporto interno con l'interponente, di natura obbligatoria, è tenuto ad osservare un certo comportamento convenuto con il fiduciante ed a retrocedere il bene al verificarsi di una situazione determinante il venir meno della *causa fiduciae*.

Va infine considerato che la simulazione, più che riferita ad una singola fattispecie contrattuale, sta ad indicare un fenomeno estendibile anche agli atti unilaterali tra vivi, destinati ad una determinata persona (art. 1414, terzo comma, c.c.) tesi a creare una divergenza tra dichiarato e voluto⁷¹.

A sostegno, si richiamano le disposizioni di cui agli artt. 1414-1417 del codice civile che non forniscono una definizione dell'istituto ma ne regolano gli effetti a fini probatori⁷².

⁶⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2005, p. 695.

⁷⁰ F. GALGANO, *Diritto privato*, XV ed., Padova, 2012.

⁷¹ A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, p. 324.

⁷² F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986. 195. Si veda anche N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 95; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.

CAPITOLO II

La ricostruzione dei requisiti del rapporto fiduciario

Sommario: 1. La causa e le sue diverse declinazioni. – 1.1. (Segue) La *causa fiduciae*. – 2. Il trasferimento fiduciario quale negozio astratto oppure causale. – 3. Lo scopo fiduciario e la fuga dalla tipicità. – 4. Il problema dell'opponibilità del *pactum fiduciae*. – 4.1. (Segue) Criticità legate alla tutela del fiduciante. – 5. Fiducia e divieto di patto commissorio.

1. La causa e le sue diverse declinazioni

Tutti i negozi giuridici sono dichiarazioni di volontà, cioè sono atti attraverso cui un soggetto, mediante una dichiarazione, manifesta la volontà di produrre un effetto giuridico. L'ordinamento, però, oltre a richiedere l'intenzione concreta di produrre effetti giuridici, che si traduce nell'accordo tra le parti circa la stipula di un dato contratto, pretende anche che quest'ultimo presenti altri elementi, la cui sussistenza è imprescindibile ai fini della sua validità⁷³.

È importante evidenziare che, attraverso questa previsione, il legislatore limita l'autonomia contrattuale, cioè l'autonomia che le parti esercitano nel disporre della propria sfera giuridica. È evidente, infatti, che l'autonomia negoziale non è una libertà assoluta ma relativa, in quanto tale soggetta a limiti e a vincoli.

In questa prospettiva appaiono importanti due regole: la regola della causalità e quella della giustizia. Un contratto deve avere una causa e deve essere giusto⁷⁴.

A prescindere dalla condivisione o meno di tale assunto, comunque, il sistema delineato dal Codice civile è un sistema causale, che impedisce che uno spostamento patrimoniale possa avvenire senza una causa giustificativa, senza un idoneo supporto eziologico⁷⁵.

Si tratta di un ordinamento diverso da quello inglese, ma anche da quello americano, dalle regole del diritto europeo dei contratti, che sono tutti ordinamenti che, invece, stabiliscono un principio opposto.

⁷³ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014; M. GIORGIANNI, (voce) “Causa”, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 548.

⁷⁴ Quanto appena affermato, peraltro, permette di comprendere come mai una parte della dottrina sia solita fare riferimento al concetto di contratto democratico. Così G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 324.

⁷⁵ U. CARNEVALI, *Lineamenti di diritto privato*, (a cura di) M. BESSONE, Torino, 2000.

In questi casi, infatti, ai fini della validità del negozio è sufficiente che la parte voglia quell'effetto giuridico liberamente e all'esito di un procedimento corretto, non essendoci bisogno di una causa, in una prospettiva secondo la quale la volontà non ha bisogno di spiegazioni.

Nel nostro sistema, al contrario non basta la volontà, c'è bisogno che la volontà sia accompagnata da una causa idonea⁷⁶. Quanto detto appare confermato da diverse norme: l'art. 2040 c.c. in tema di arricchimento senza causa, e gli artt. 1325, 1343, 1344 c.c., in forza dei quali il contratto senza causa o con causa illecita è nullo.

Quella della causalità, quindi, è una regola generale, imperativa, inderogabile e sostanziale e non formale.

È una regola generale perché, anche se dettata solo per il contratto, *ex art.* 1325 c.c., vale anche per tutti gli altri negozi giuridici, siano essi patrimoniali o meno. Ciò si desume, in particolare, dal disposto di cui all'art. 1324 c.c., che per i negozi unilaterali rinvia alla disciplina sul contratto per quanto compatibile⁷⁷.

Va aggiunto che la operatività della regola causale riguarda anche le promesse al pubblico, dove la causa può essere indebolita ma non assente.

Occorre specificare, peraltro, che la causa prescinde dalla forma. Mentre nei sistemi inglesi c'è una compenetrazione reciproca tra causa e forma, atteso che quando il negozio ha forma solenne non c'è bisogno della causa e viceversa, nel nostro sistema causa e forma sono autonome, quindi, anche i negozi formali hanno bisogno di causa.

Si tratta di una regola imperativa di ordine pubblico, che soddisfa l'interesse pubblico alla serietà della giustificazione delle transazioni e degli spostamenti. Sono nulle, quindi, *ex art.* 1418 c.c., tutte le pattuizioni con cui le parti decidano di derogare alla causalità, rendendo valido il contratto nonostante l'assenza della causa.

È una regola, peraltro, che vale a prescindere dalla forma e soprattutto la causa va indagata a prescindere da un'espressa enunciazione della stessa. Non è necessario che in contratto menzioni la causa.

⁷⁶ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Dottrine generali, Parte I, Roma 1921, p. 127; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. 22 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, pp. 105 ss.

⁷⁷ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit, p. 472.

Risulta evidente che l'enunciazione formale fissa una presunzione sul piano probatorio. Anche nei casi in cui si reputa necessaria, ad esempio nel negozio solutorio, in realtà il principio generale è nel senso opposto.

Un tema interessante in tal senso è quello afferente alla presunzione di esistenza della causa. In dottrina, infatti, sono rinvenibili linee contrapposte tra chi opina che si presume e chi dice di no. Quello giurisprudenziale, invece, è un approccio casistico, che distingue anzitutto tra contratti tipici e atipici, pur ponendosi in evidente conflitto con la tesi della causa in concreto, ormai invalsa sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si considera pacifico, infatti, che tutti i contratti, che siano tipici o atipici, hanno sempre una causa atipica perché il legislatore non si preoccupa di positivizzarla, rimettendone l'individuazione alla sensibilità dei singoli operatori negoziali⁷⁸.

Tutti i contratti, infatti, hanno causa variabile, per cui quella che prima era ritenuta un'anomalia, in tema di delegazione, di cessione del credito, di adempimento del terzo, è, in realtà, la regola, perché tutti i contratti hanno causa variabile, atteso che le ragioni che spingono alla stipula di un negozio sono infinite.

Si aggiunge, sotto questo punto di vista, che il controllo causale sul contratto previsto dall'art. 1322, comma 2 c.c., in forza del quale la causa deve essere collegata ad un interesse meritevole di tutela, è una regola che, pur se dettata per i contratti atipici, perché per quelli il legislatore si è posto il problema nel 1942, è una regola generale, che oggi vale per tutti i contratti.

In dottrina ci si è a lungo interrogati sulla utilità della disposizione, non mancando voci che hanno sostenuto che essa altro non sia che una duplicazione della disciplina che possiamo ricavare dall'art. 1343 c.c., secondo cui la causa non deve essere illecita cioè contraria a ordine pubblico, norme imperative e buon costume.

In particolare, sono emerse tre tesi sul campo: la tesi tradizionale, ormai superata nel 2006, per cui la causa deve essere socialmente utile, finalizzata a interessi apprezzabili per la collettività⁷⁹. Questa tesi, però, può valere solo per alcuni negozi per cui l'ordinamento richiede una causa più forte, alla luce dell'importanza degli effetti o per la gravità dei pregiudizi che questi negozi sono idonei a produrre.

⁷⁸ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, voce, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 547 ss.; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 1098 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, voce, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, pp. 432 ss.; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 223 ss.

⁷⁹ E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, voce, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, pp. 32 ss.

È il caso, ad esempio, dell'art. 2645-ter c.c., che prevede che la parte possa destinare un bene ma solo se il beneficiario è una persona portatrice di disabilità, venendo in rilievo un fine solidaristico che si traduce anche in un interesse pubblico o altri soggetti.

L'art. 2645-ter c.c. prevede una causa rafforzata perché si tratta di un negozio anomalo⁸⁰, che dimezza la proprietà, trasforma il proprietario in un proprietario parziale, che non può più usare e disporre liberamente del bene, e questa incisione, che quasi nega il concetto di proprietà, ha bisogno di una giustificazione e soprattutto incide negativamente sui creditori generali⁸¹.

In quel caso, stante la specialità del negozio che produce effetti lesivi per proprietario e creditori, c'è bisogno di un fine socialmente forte. Però la regola generale è che il contratto non deve perseguire un fine socialmente utile.

La causa oltre che non illecita deve essere anche apprezzabile positivamente sul piano della ragionevolezza, della logicità, della non capricciosità, dell'*adequacy consideration*, deve essere proporzionale al programma. Deve essere una causa che spieghi il programma negoziale. Una causa proporzionata in termini di ragionevolezza, di adeguatezza, al programma negoziale⁸².

Tutto questo significa, con evidenza assoluta, che la causa dipende dal programma negoziale; quindi, se il contratto contiene un programma normale, caratterizzato da prestazioni equilibrate, conformi alle consuetudini e ai valori di mercato, non ci sarà bisogno di una causa forte, anzi sarà presumibile.

La causa quindi è sempre necessaria, non come funzione economico sociale i cui fini sono stabiliti dall'ordinamento, ma è la funzione economico individuale decisa dai contraenti⁸³.

È estranea al tipo, è sempre variabile, è una causa che deve essere meritevole di tutela, ma tale è non solo una causa sociale, ma deve essere proporzionata, idonea a giustificare la singola operazione. Tanto è più necessaria una causa forte in ragione della stranezza

⁸⁰ A. FEDERICO, *Uso "indiretto" del negozio giuridico*, cit., p.67.

⁸¹ S. BARTOLI, *Trust, art. 2645 ter c.c. e contratto di fiducia di cui alla decaduta norma del disegno di legge comunitaria 2010*, in AA.VV., *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 209; G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. impr. EU*, 2007, pp. 351 ss.

⁸² M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, pp. 1098 ss.; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, voce, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, pp. 223 ss.

⁸³ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 232 ss.

contenutistica dell'operazione. Sembra importante, alla luce di quanto esposto, una ulteriore precisazione, quella per cui la causa del negozio non è mai ricavabile solo dal negozio⁸⁴.

Oggi che la causa è concreta e la ragione pratica deriva dall'affare, che non consta necessariamente di un solo negozio. Quindi la causa va ricavata non dal singolo negozio ma dall'operazione negoziale.

Alla luce di ciò una causa ben può essere esterna, non è detto che il negozio debba avere una causa al suo interno. Se il negozio è solutorio di un negozio a monte, la causa è solo esterna, come nel caso del pagamento traslativo. Orbene, tutto quanto esposto appare utile ai fini della comprensione dei diversi orientamenti dottrinali che hanno cercato di ricostruire la *causa fiduciae*⁸⁵.

Va ulteriormente precisato che, quella causale, è una regola inderogabile e non derogata dal Legislatore: non c'è alcuna norma di legge, tralasciando i titoli di credito, che seguono una disciplina formale specifica, che deroghi completamente al principio di causalità e che preveda negozi assolutamente astratti sul piano sostanziale in cui l'assenza di causa non incida in alcun modo sull'efficacia del negozio. Quindi è una regola imperativa non solo per le parti, ma anche per il Legislatore.

L'ordinamento, però, ammette dei temperamenti sul piano probatorio e processuale. Un primo temperamento è dato dalle forme di astrazione processuale, attraverso cui la legge non interviene sul problema se la causa sia necessaria o no, perché lo è. Ma interviene sul problema di chi debba provare l'esistenza o no della causa.

Quando la legge prevede forme di astrazione processuale incidenti sulla causa, esonera l'attore che chiedi l'esecuzione di un contratto dall'onere di provare la causa del contratto, e in generale la fonte della pretesa⁸⁶.

Si attribuisce, quindi, in suo favore, una presunzione *iuris tantum*, onerando colui che si opponga all'azione della dimostrazione dell'inesistenza della causa. L'ipotesi più classica è quella prevista dall'art. 1988 c.c., recante la disciplina della promessa di pagamento, della ricognizione di debito, colui a cui favore sono formulate queste

⁸⁴ Cassazione civile, sez. III, sentenza 08/05/2006 n° 10490.

⁸⁵ R. CAMPAGNOLO, *Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica*, in *Obbl. e contr.*, 4/2007; U. CARNEVALI, (voce) "*Negozio fiduciario*", in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

⁸⁶ V. SCALISI, *Negozio astratto*, voce, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 52 ss.

dichiarazioni di scienza con valore probatorio può agire in giudizio senza provare la causa della propria pretesa ma si espone alla contestazione della nullità della causa.

Altre norme prevedono delle astrazioni sostanziali di carattere relativo in cui cioè il rilievo della causa permane, ma cambia, in quanto viene spostato in avanti, il momento in cui l'assenza della causa assume rilievo e quindi rimedio che può essere azionato.

Se la regola è che l'assenza della causa rende il contratto nullo, impedendosi al creditore di far valere la pretesa, e quindi consentendo al convenuto di eccepire il difetto di causa per non eseguire la prestazione, si può desumere che di norma sussiste una condizione di rilevanza anticipata di causa. Il contratto è inefficace *ex ante*⁸⁷.

Nei casi di rilevanza ritardata, invece, la mancanza di causa non impedisce all'attore di far valere la pretesa, perché il contratto nonostante l'assenza di causa è efficace. Ma l'assenza di causa può essere fatta valere per caducare, attraverso un'azione ripetitoria, restitutoria, l'effetto giuridico, per neutralizzare l'effetto giuridico che si è prodotto nelle more. Qui l'efficacia è provvisoria, in quanto chi ha eseguito la prestazione può chiederne la ripetizione.

La regola della causalità, quindi, resta ferma, perché l'assenza di causa consente di impedire la definitiva efficacia. Quindi non solo la causalità è una regola generale, non solo è regola imperativa, ma è una regola non derogabile neanche dalla legge, che prevede temperamenti processuali o sostanziali, nel senso di differire il momento in cui può essere dedotto il difetto di causa, trasformando il problema della causa da problema di validità originario a problema di efficacia successiva, ma non sono mai permesse forme di astrazione sostanziale assoluta⁸⁸.

⁸⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1987, p. 639.

⁸⁸ R. SACCO, *La causa*, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, rist. Torino, 1988; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, pp. 100 ss.; G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. di A. FUSARO, Milano, 1989; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 1999, p. 86.

1.1. (Segue) La *causa fiduciae*

Il tema è particolarmente attuale soprattutto relativamente al negozio fiduciario⁸⁹.

È evidente, infatti, che la corretta perimetrazione della *causa fiduciae* svolge un ruolo cruciale non solo circa l'individuazione della dinamica del negozio fiduciario ma anche e soprattutto relativamente alla sua ammissibilità, fornendo una giustificazione al momento di trasferimento del bene o del diritto dal fiduciante al fiduciario⁹⁰.

In quest'ottica, se si parte dall'assunto per cui “l'astrattezza è il presupposto della fiducia vera e propria, non vi possono essere negozi fiduciari negli ordinamenti giuridici che non conoscono negozi astratti. Nel diritto italiano che tali negozi non ammette si deve, quindi, concludere che non v'è posto per la fiducia”⁹¹.

Nel tentativo di superare una sorta di *interpretatio abrogans* dell'istituto, allora, sono sorte diverse prospettive ricostruttive della causa che sorregge il negozio fiduciario, non mancando chi⁹² ha ipotizzato che debba, anzitutto, distinguersi tra i negozi fiduciari propriamente detti (cioè, quelli fondati sulla *causa fiduciae*, identificata con lo scopo pratico preso di mira) e i negozi causali adattati allo scopo voluto dalle parti. In questa prospettiva, quindi, la funzione fiduciaria potrebbe essere ricondotta alla vendita a scopo di garanzia, alla donazione fiduciaria e alla *cessio pro solvendo*⁹³.

Già nel 1936, poi, si è iniziato a sostenere che la *causa fiduciae*, da sola, non sia in grado di giustificare l'intera complessità della struttura contrattuale del negozio fiduciario. La fiducia, infatti, per sua natura, è un concetto fragile, che da sola non sarebbe sufficiente a creare una figura contrattuale autonoma⁹⁴. All'interno di questa prospettiva interpretativa, il negozio fiduciario può essere considerato un negozio astratto.

Appare evidente ai fautori di questa corrente interpretativa, infatti, che l'analisi della *causa fiduciae* nel contesto del negozio fiduciario presenta diverse sfaccettature

⁸⁹ G. CHINÈ, *Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e pactum fiduciae a confronto*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1.

⁹⁰ F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di Vittorio Scialoja*, II, Milano, 1905.

⁹¹ L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933.

⁹² *Ivi*.

⁹³ A. TORRONI, F. GASPARINETTI, *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in *Rassegna di giurisprudenza*, 2020, p. 932.

⁹⁴ C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345.

interpretative⁹⁵. Una prospettiva comune è quella che parte dalla necessità di individuare una “causa” del negozio, intesa come la funzione socio-economica dell'autonomia privata, che si riflette nel tipo negoziale astrattamente considerato.

Questo perché il negozio fiduciario svolge diverse funzioni sociali, come indicato dalla tradizionale distinzione tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*. Questa diversità di funzioni esclude la possibilità di attribuirvi una causa unica.

Non è mancato, poi, un approccio che considera il negozio fiduciario come una combinazione necessaria di elementi, la cui causa va considerata come esterna al negozio stesso⁹⁶.

L'astrattezza o la neutralità del negozio fiduciario, per costoro, non si limita solo alla mancanza di una causa predefinita, intesa come elemento tipico del modello causale contrattuale, ma si estende anche alla limitazione degli effetti tipici del modello causale di riferimento, il che significa che l'elemento causale deve essere dedotto da elementi esterni⁹⁷.

Inoltre, c'è anche chi propone una posizione estrema, sostenendo che il negozio fiduciario potrebbe essere ricostruito come un contratto unilaterale ai sensi dell'art. 1333 del codice civile, anche se privo del potere di rifiuto.

Sembra, però, più convincente la tesi per la quale il problema interpretativo non può essere risolto in modo preliminare o universale, poiché il negozio fiduciario si articola in diverse manifestazioni, ciascuna delle quali richiede un approccio differenziato⁹⁸.

L'atto di autonomia privata e le ragioni ad esso sottese, infatti, variano a seconda delle circostanze e non possono essere predeterminati in modo definitivo.

⁹⁵ S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, pp. 148 ss.

⁹⁶ A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di C.M. BIANCA, Milano, 2007, p. 111 e ss.

⁹⁷ In tal senso R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, pp. 321 ss. afferma che «La creazione del rapporto fiduciario può intervenire come clausola di un contratto più ampio, oneroso o gratuito, e allora la causa della fiducia si confonderà con la causa del contratto in genere. Ma la causa del contratto, che si esaurisca nella costituzione di un rapporto fiduciario, merita un discorso a parte. Non si tratta certo di un contratto di scambio. Il fiduciario acquista un diritto, e assume un'obbligazione: ma le due vicende non sono in posizione corrispettiva l'una all'altra; il contratto non implica un sinallagma. Il contratto fiduciario non è neppure un contratto gratuito accompagnato da un *modus*. Il diritto acquistato dal fiduciario non lo arricchisce; la proprietà dissociata non gli arreca vantaggio. Viceversa, il servizio di prestanome da lui reso al fiduciante può avere un valore. L'accordo fiduciario non ha più causa di quanta ne abbia un accordo per conferimento di procura. Non ha cioè una vera causa, come non ha vera causa un mandato senza corrispettivo».

⁹⁸ L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, t. II, p. 2319.

La varietà delle situazioni in cui l'ordinamento nega tutela all'intento fiduciario dimostra l'impossibilità di ridurre la disciplina formale della fiducia a una prospettiva unica. Il negozio fiduciario, pertanto, occupa una posizione intermedia nell'alternativa tradizionale tra fiducia di tipo romano e fiducia di tipo germanico nell'ordinamento italiano, con alcune forme di fiducia legale più vicine al tipo germanico.

2. Il trasferimento fiduciario quale negozio astratto oppure causale

Giova ricordare che l'interpretazione maggioritaria ricostruisce il negozio fiduciario in termini di pagamento traslativo. Questa teoria si basa su considerazioni di fondo che hanno plasmato l'origine storica e giuridica dell'obbligo di “consegnare”, che prima della codificazione del 1942 consisteva nell'obbligo di far acquisire la proprietà o altri diritti, data la struttura del contratto come esclusivamente vincolante⁹⁹.

L'interpretazione della creazione della categoria del trasferimento di pagamento è di fondamentale importanza per una migliore comprensione del meccanismo di separazione tra *titulus* e *modus adquirendi* che caratterizza i negozi fiduciari.

Va notato che nell'ambito del codice civile del XIX secolo era presente una norma che enfatizzava il consenso come conseguenza immediata e diretta per il trasferimento del diritto oggetto del contratto. L'articolo 1125 del codice civile del 1865 stabiliva chiaramente il principio del consenso traslativo.

Nonostante questa chiara disposizione normativa, gli studiosi dell'epoca continuavano a considerare il contratto come un accordo esclusivamente vincolante. Ciò era in parte dovuto all'influenza significativa delle teorie straniere, principalmente di origine francese, nell'ambito dottrinario italiano dell'epoca, nonché a un sistema normativo che metteva eccessivamente l'accento sul vincolo obbligatorio, come si evince dagli articoli 1908, 1099 e 1447 del codice civile.

Di conseguenza, nonostante la previsione esplicita di un trasferimento di proprietà o di altri diritti basato sul consenso delle parti, molti continuavano a ritenere che questo effetto traslativo non potesse essere considerato un risultato immediato e diretto del consenso dei contraenti, ma dovesse essere comunque ricondotto al meccanismo del contratto vincolante, ossia a un'obbligazione di “consegnare”, intesa come obbligazione

⁹⁹ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1959, pp. 196 ss.

di far acquisire la proprietà.

Con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, tale prospettiva muta radicalmente ed è ontologicamente orientata al perseguimento di una semplificazione volta ad assicurare la rapidità e la certezza delle transazioni economiche. Una volta valutata l'opportunità economica dell'operazione contrattuale, le parti devono poter garantire il trasferimento del diritto attraverso l'immediatezza dell'effetto traslativo.

La correlazione tra effetto traslativo e consenso prestato riduce l'importanza dell'obbligazione di "consegnare", che ora si riferisce solo all'obbligo di consegnare un oggetto specifico, senza più implicare la questione sottostante della logica degli scambi o della circolazione della ricchezza.

In contrasto, nei sistemi giuridici tedesco, austriaco e inglese, l'obbligazione di "consegnare" è ancora concepita come un obbligo di far acquisire un diritto, poiché in queste tradizioni giuridiche persiste la distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, considerando il contratto essenzialmente come vincolante.

Nel sistema giuridico nazionale, la dottrina più recente ha riconosciuto la possibilità di separare il contratto obbligatorio dall'atto che determina il passaggio del diritto reale¹⁰⁰. Nonostante la presenza del principio consensualistico, in alcune situazioni è consentita la divisione tra "*titulus*" (la base giuridica) e "*modus acquirendi*" (il modo di acquisizione), ritardando l'effetto traslativo a un momento successivo rispetto al consenso al trasferimento del bene. In questo contesto, il rapporto obbligatorio che precede il trasferimento diventa una valida giustificazione causale del trasferimento patrimoniale (o dell'effetto traslativo, se preferibile), poiché la causa può trovarsi al di fuori del quadro negoziale che regola il passaggio del diritto¹⁰¹.

Tale prospettiva dissipa l'obiezione comune della dottrina tradizionale riguardo all'inammissibilità, nel nostro sistema, dei cosiddetti "negozi astratti". Per astrattezza si intende l'atipicità del negozio con cui si realizza il trasferimento del diritto rispetto al momento precedente in cui l'obbligo è stato assunto.

¹⁰⁰ G. IACCARINO, *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, spec. pp. 366 ss.

¹⁰¹ N. STEFANELLI, *Fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*; in *Resp. civ. prev.*, 2015, pp. 140; M. BIANCA, *La fiducia rimediale e la teorica della destinazione patrimoniale*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Milano, 2016, p. 30; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, pp. 346 ss.

Secondo questa concezione, se si separano il momento dell'effetto traslativo e il consenso contrattuale (caratterizzati dalla loro contemporaneità, come previsto dall'articolo 1376 del codice civile), l'atto finalizzato al trasferimento patrimoniale deve essere considerato privo di giustificazione causale ed è pertanto inammissibile¹⁰².

Quanto detto è dovuto al fatto che tale atto non è giustificato né da un'intenzione di donare, dato l'obbligo preesistente, né da un pagamento previsto in un altro accordo. Di conseguenza, si configurerebbe come una "prestazione isolata" (che non può essere ricondotta né a una donazione né a una vendita), diventando così un negozio astratto.

Questa posizione dottrinale incontra opposizione non solo dalla regola consensualistica, che richiede la contemporaneità tra effetto traslativo e consenso, ma anche dal principio generale che richiede una giustificazione causale per i trasferimenti patrimoniali.

Tuttavia, nonostante tali resistenze, attualmente si è sviluppata la categoria del "pagamento traslativo", nota anche con diverse definizioni come "negozio con causa esterna", "negozio di attribuzione", o "prestazione isolata". Con questa figura, l'effetto traslativo si realizza attraverso un atto specifico, cioè il pagamento, che esegue un precedente rapporto obbligatorio e costituisce la sua causa giustificativa.

Inoltre, questa categoria dei negozi con causa esterna può anche includere i trust fiduciari. Secondo questa ricostruzione, il negozio *solvendi causa* è l'atto giuridico eseguito dal fiduciario in adempimento del *pactum fiduciae*, che è un rapporto obbligatorio. Di conseguenza, il quadro negoziale si caratterizza per la creazione di un'obbligazione di dare da un lato e per un successivo atto traslativo dall'altro, che rende effettiva la prestazione isolata definita dal contratto, e la cui giustificazione causale risiede esternamente nel vincolo obbligatorio fiduciario¹⁰³.

Gli sforzi per definire giuridicamente il negozio fiduciario hanno condotto una parte autorevole della dottrina a considerarlo un paradigma autonomo e unitario. Questa interpretazione, tuttavia, è stata accettata solo in alcune pronunce giuridiche isolate.

Questa prospettiva cerca di conciliare e non accentuare il problema di fondo relativo alla possibilità nel nostro sistema giuridico di un atto traslativo *fiduciae causa*. Questo atto comporta una particolare attribuzione del diritto di proprietà al fiduciario, mettendo

¹⁰² V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 48.

¹⁰³ G. MESSINA, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948.

in luce un aspetto che può essere considerato problematico e destabilizzante nel sistema giuridico, poiché crea una separazione tra l'intento fiduciario e le cause tipiche dei negozi di trasferimento di diritti.

La autonomia funzionale del negozio fiduciario consente di configurare un contratto atipico con una *causa fiduciae* interna altrettanto atipica. Questa causa è basata sulla funzione di utilizzare il diritto reale in questione per uno scopo più specifico rispetto a quanto la titolarità del diritto comporterebbe normalmente. Ciò comporta la definizione di un'obbligazione che circoscrive l'assegnazione del diritto reale, evitando abusi.

In questo contesto, il contratto fiduciario atipico è tutelato ai sensi dell'articolo 1322 del codice civile, il che significa che l'intento delle parti è rilevante ai fini causali. Questo intento, sebbene qualificato dalla realizzazione dello scopo fiduciario, comporta comunque un effetto ulteriore, ovvero il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario, che costituisce parte dell'accordo fiduciario¹⁰⁴.

Secondo questa interpretazione, la *causa fiduciae* è vista come una giustificazione interna del negozio fiduciario atipico. In questa visione, è il rapporto obbligatorio che integra l'elemento causale, e non una limitazione dell'effetto tipico del modello contrattuale di trasferimento di diritti utilizzato dalle parti¹⁰⁵.

Tuttavia, questa interpretazione teorica, che si basa sulla creazione di un modello autonomo e unitario del negozio fiduciario, è stata oggetto di numerose critiche. Alcuni hanno sottolineato che nel nostro sistema giuridico non è prevista la possibilità di derogare al principio di tipicità dei negozi traslativi. Pertanto, invocare il principio dell'autonomia negoziale come giustificazione non sarebbe pertinente.

Alcune critiche riguardano anche la questione del “*numerus clausus*” dei diritti reali¹⁰⁶. L'accettazione di un negozio fiduciario atipico potrebbe suggerire l'idea di una proprietà “originale” che il nostro sistema giuridico non contemplerebbe. Tuttavia, questo principio

¹⁰⁴ G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 323 ss.

¹⁰⁵ In tal senso voce *Negozi fiduciari*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, II, Torino, 2003, p. 911, per il quale «Va sottolineato che anche se si ha riguardo al profilo funzionale della fattispecie, l'affermazione secondo cui la *causa fiduciae* costituirebbe la ragione sottostante giustificatrice del negozio traslativo, non esclude, almeno secondo la già citata giurisprudenza, la natura complessa, ovvero, pluralistica del negozio fiduciario, giacché la causa resta fuori dal congegno negoziale e non incide sul rapporto che rimane regolato, nelle singole pattuizioni dalle cause che gli sono proprie».

¹⁰⁶ In tal senso F. MEZZANOTTE, *La formazione negoziale delle situazioni di appartenenza: numerus clausus, autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, pp. 424 ss. *Contra* F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria dei diritti reali*, Napoli 1967, pp. 110 ss.

non deve essere interpretato in modo rigido, poiché il sistema giuridico recentemente riconosce diritti reali con una certa flessibilità che si adatta a specifiche situazioni negoziali, purché ciò sia previsto dalla legge.

In sintesi, nonostante alcune critiche e dubbi, il nostro sistema giuridico sembra non escludere a priori la possibilità di una diversificazione dei contenuti della proprietà in base agli interessi sottostanti all'operazione negoziale e ai soggetti coinvolti nell'accordo. Tuttavia, va notato che questo non implica un riconoscimento esplicito della scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, come avviene nei sistemi di *common law*.

3. Lo scopo fiduciario e la fuga dalla tipicità

Il negozio fiduciario produce una forma di diritto reale che ha suscitato vivaci dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. Esso, infatti, dà vita a quella che, di norma, viene definita proprietà fiduciaria. Il fiduciante aliena un diritto al fiduciario e il fiduciario diventa proprietario, ma non per un interesse proprio, ma per uno scopo che deve essere considerato ulteriore rispetto all'acquisto proprietà¹⁰⁷.

È questa la caratteristica tipica della proprietà fiduciaria. Il nuovo proprietario, infatti, gestisce la proprietà nell'interesse alieno del fiduciante, obbligandosi nei confronti del fiduciante a ritrasferire la proprietà al fiduciante stesso o a un terzo¹⁰⁸.

Questo schema negoziale determina il carattere temporaneo della proprietà fiduciaria, atteso che il fiduciario acquista la proprietà per un tempo, salvo il ritrasferimento. Come si avrà modo di approfondire *infra*, questa proprietà è il frutto di un collegamento negoziale tra il negozio traslativo, cioè quello con cui l'alienante trasferisce la proprietà all'acquirente, cui è collegato un *pactum fiduciae*, il contratto fiduciario, l'accordo in forza del quale l'acquirente fiduciario si obbliga a gestire la proprietà nell'interesse alieno del fiduciante e a ritrasferire la proprietà al fiduciante stesso o a un terzo individuato dal fiduciante medesimo.

Autorevole dottrina¹⁰⁹ ha dunque evidenziato la presenza di due effetti: quello traslativo, che deriva, naturalmente, dal negozio traslativo, e quello obbligatorio, che invece deriva dal *pactum fiduciae*.

¹⁰⁷ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, vol. 1, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1995, p. 532.

¹⁰⁸ M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo giuridico*, 1930, II, pp. 6 ss.

¹⁰⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pp. 87 ss.

In questo senso il contratto fiduciario realizza un negozio indiretto, per cui può affermarsi che il negozio traslativo ha carattere esterno, mentre il *pactum fiduciae* ha un carattere interno. Il *pactum fiduciae* interno con effetti obbligatori modifica il risultato finale del negozio esterno traslativo, nel senso che lo scopo della alienazione non è il trasferimento della proprietà, ma è il trasferimento collegato al *pactum fiduciae* che entra nella struttura causale dell'operazione.

La funzione che la proprietà fiduciaria realizza è variabile in base all'assetto degli interessi, dei rapporti che sussistono tra le parti. Certo è che la fiducia entra nello schema dell'operazione e va ad incidere sulla causa¹¹⁰.

In questo senso il contratto fiduciario è un negozio indiretto con cui le parti perseguono un risultato diverso da quello proprio del negozio traslativo. Il bene non è destinato finalisticamente al fiduciario ma al fiduciante o al terzo individuato dal fiduciante stesso. Quindi il trasferimento della proprietà è un mezzo per raggiungere il fine collegato al *pactum fiduciae*. La proprietà fiduciaria, che è frutto di questo collegamento tra il negozio traslativo e *pactum*, è dunque caratterizzata da una struttura fiduciaria della operazione, in cui la fiducia entra nella causa del contratto salvo essere la causa del contratto¹¹¹.

Come si è già avuto modo di evidenziare, questa forma di proprietà è diretta conseguenza dello schema fiduciario romanistico. Il fiduciario, infatti, è formalmente e sostanzialmente proprietario nell'interesse alieno, del fiduciante, venendosi a creare una scissione non tra titolarità formale e sostanziale, ma tra titolarità e interesse, titolarità della proprietà e interesse proprietario¹¹².

Orbene, questa forma di proprietà temporanea reca con sé delle criticità rispetto all'affermazione tradizionale per cui i diritti reali rappresentano una categoria chiusa, tipica, nel senso che è un principio quasi traslativo quello secondo cui i diritti reali sarebbero sottoposti alla regola del numero chiuso e della tipicità¹¹³.

Sembra importante, a questo punto, un breve approfondimento sulla questione. Va premesso, infatti, che, in dottrina, si è soliti ritenere che numero chiuso e tipicità, ancorché

¹¹⁰ *Ivi*.

¹¹¹ V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, pp. 753 ss.

¹¹² A. GENTILI, *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*, cit., p. 87.

¹¹³ A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 439 ss.

a volte vengano rappresentati come sinonimi, in realtà indicano due concetti simili ma non del tutto coincidenti¹¹⁴.

Con il principio del numero chiuso si vuole dire che i diritti reali sono soltanto quelli previsti dall'ordinamento e quindi rappresentano un elenco finito; pertanto, l'autonomia negoziale non è in grado di creare diritti reali totalmente diversi da quelli che l'ordinamento prevede e nomina (quindi i diritti reali sarebbero soltanto quelli nominati dall'ordinamento).

Con il principio di tipicità si vuole in qualche modo rafforzare questa regola di chiusura questa limitazione all'autonomia negoziale, cioè si vuole in particolar modo sottolineare che l'autonomia negoziale non solo non può creare diritti reali innominati, quindi completamente diversi rispetto a quelli menzionati ed elencati dal legislatore, ma non potrebbe neanche incidere sul contenuto delle figure nominate che rappresentano numero chiuso, per introdurre all'interno di quel contenuto delle note di atipicità¹¹⁵.

Quindi non solo non possono creare diritti reali diversi, innominati, ma non possono neanche alterare il contenuto tipico di quelli espressamente previsti dal legislatore. Quindi gli operatori economici avrebbero un doppio limite. Il principio di tipicità rafforza il principio del numero chiuso: non solo non è possibile incidere sul numero chiuso, ma anche muovendosi nell'ambito delle categorie nominate non è consentito introdurre delle note di atipicità. Non è possibile alterare il contenuto tipico, quindi, anche rimanendo nell'ambito della categoria nominata dal legislatore.

Oggi l'attuale portata di questo duplice principio, e di questa duplice limitazione, numero chiuso e tipicità, è dibattuta e controversa. Perché ci si chiede se sia effettivamente vero ciò che spesso si tramanda, senza particolare approfondimento, cioè che i diritti reali siano governati da questa regola di doppia chiusura, numero chiuso e tipicità¹¹⁶.

Si tratta di un principio controverso perché in fondo questo principio non ha una base normativa esplicita, atteso che nel codice non c'è nessuna norma che esplicitamente enuncia questa regola.

¹¹⁴ G.L. BUCCIANI, *Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico*, in *Rivista di dir. civile*, 2023, p. 781.

¹¹⁵ F. GALGANO, *Diritto privato*, XV ed., Padova, 2012, pp. 76 ss.

¹¹⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2011, pp. 185 ss.

Ed infatti si riconosce, anche da parte dei fautori del principio del numero chiuso e della tipicità, che si tratta di un principio che non ha una base normativa. Sarebbe una sorta di principio di ordine pubblico che si tramanda e che ha origini storiche molto lontane e che, sebbene non espressamente menzionato dal codice e dall'ordinamento civile, troverebbe comunque un implicito riconoscimento nell'ambito dei principi di ordine pubblico.

In realtà individuare la base e l'attuale *ratio* di questi principi è importante anche per capirne l'effettiva vigenza e l'effettiva portata. Può essere utile a tal fine, in questa ricerca sulla *ratio* attuale del principio del numero chiuso e tipicità dei diritti reali, proprio indagarne l'origine¹¹⁷.

Storicamente questo duplice principio nasce nella Francia post-rivoluzionaria e rappresenta uno dei risultati ideologici propugnati proprio dal movimento rivoluzionario. La *ratio* originaria, in questa prospettiva, è piuttosto evidente.

Nel periodo pre-rivoluzionario, infatti, erano state proprio le forme giuridiche reali atipiche o innominate che avevano rappresentato lo strumento giuridico di quei fenomeni quali lo svuotamento della proprietà (a favore della scissione tra proprietà formale e sostanziale) e correlativamente quella forma di immobilizzazione della ricchezza identificabile nel fenomeno c.d. "mano morta" e quindi quella forma giuridica attraverso la quale masse patrimoniali si tramandavano di generazione in generazione senza circolare al di fuori di una determinata famiglia¹¹⁸.

Questi risultati, la mano morta e lo svuotamento della proprietà formale (attraverso il riconoscimento delle utilità sostanziali che la proprietà può offrire a soggetti diversi da chi è formalmente proprietario) venivano giuridicamente realizzati proprio attraverso diritti reali atipici e, peraltro, avevano anche rappresentato storicamente le ragioni dell'egemonia economica dell'aristocrazia e del clero, cioè delle classi sociali che in qualche modo risultano sconfitte dalla rivoluzione francese.

Questo permette di comprendere, allora, perché la classe borghese, vera vincitrice della rivoluzione francese, si sia preoccupata proprio di mettere al bando queste forme giuridiche che davano vita a questi fenomeni economici di rendite parassitarie a favore di

¹¹⁷ G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, Bari, 1950, pp. 141 ss.; G. DIURNI, *Le situazioni possessorie nel medioevo, Età longobardo-franca*, Milano, 1988; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, IV. *Storia del diritto privato*, Torino, 1893, 525 ss.

¹¹⁸ U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1965, pp. 63 ss.

soggetti diversi da colui che formalmente era il proprietario oppure che realizzavano fenomeni di immobilizzazione della ricchezza che consentivano di perpetuare questa ricchezza immobilizzata nell'ambito di determinate famiglie.

Quindi la *ratio* storica del principio del numero chiuso e di tipicità del diritto reale affonda le sue radici proprio nel periodo rivoluzionario. Non a caso si ritiene che questo principio rappresenti un principio immanente del Code de Napoleon e che viene recepito, ancorché senza che si trovi un'esplicitazione, nel codice civile del 1865.

Si ritiene, di conseguenza, che questo principio sia trapassato anche nel codice del 1942, arrivando, attraverso queste remote origini storiche, ai giorni nostri. Ora è evidente che questa lontana *ratio* storica del principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali, legati in qualche modo alla necessità di smantellare le forme giuridiche che avevano tradizionalmente giustificato l'egemonia sociale di una classe rispetto all'altra, sia ormai obsoleta.

Non avrebbe senso, quindi, spiegare oggi la ragione giustificatrice del principio di tipicità e del numero chiuso richiamando questa origine storica remota. È necessario, dunque, che la *ratio* venga riattualizzata e, in questa opera di attualizzazione, occorre effettivamente vedere se alla base di questo principio tralascio vi sia un'esigenza effettiva che corrisponda ad un principio di ordine pubblico economico ancora attuale¹¹⁹.

Perché se non si dovesse ravvisare una *ratio* giustificatrice attuale, riconducibile appunto ad un principio di ordine pubblico ancora coerente con l'evoluzione dell'assetto socio-economico, si dovrebbe in qualche modo concludere che questo principio è destinato ad essere superato, come, peraltro, sembra orientato a fare il legislatore.

Nella rivisitazione della *ratio* storica del principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali molto spesso si dice che comunque la ragione c'è ancora. Quest'ultima, infatti, viene individuata proprio in un'esigenza di favorire la produttività della proprietà privata.

Si afferma, in tal senso, che i diritti reali atipici, i diritti reali innominati darebbero vita a degli oneri gravanti sulla proprietà privata e finirebbero per alterarne la naturale vocazione produttiva¹²⁰. La proprietà privata, infatti, per natura ha una vocazione produttivistica ed è orientata al mercato. La proprietà privata crea ulteriore ricchezza se lasciata libera di circolare, di essere utilizzata; il diritto reale innominato, atipico, si

¹¹⁹ S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943.

¹²⁰ *Ivi*.

traduce in un onere di carattere reale che grava, come abbiamo visto, sulla collettività, e che quindi indirettamente colpisce tutti. E questo rappresenta un risultato che l'ordinamento, anche oggi, vede con sfavore perché teme che queste forme giuridiche sottese alla creazione di diritti reali innominati, atipici, possa in qualche modo porre un freno alla libera utilizzabilità – e quindi alla produttività- della proprietà privata.

E quindi ci sarebbe un principio di ordine pubblico economico: sarebbero diritti reali quelli innominati ed atipici che introducono un ostacolo alla circolazione e alla produzione della ricchezza, perché la proprietà, lasciata libera di circolare, di essere utilizzata, produce nuova ricchezza.

In realtà anche questa tradizionale affermazione alla base del principio di tipicità e del numero chiuso non è da tutti condivisa, nel senso che si è affermato che questa conclusione si fonda su di una premessa opinabile, discutibile, basandosi sulla premessa secondo cui l'autonomia negoziale, lasciata libera di operare, in qualche modo fallisce, nel senso che, anziché amplificare le possibilità di utilizzo economico della proprietà, finisce per svilirla, per comprimerla, quindi finisce per ridurre le possibilità di diritto economico'.

Ma questa conclusione - secondo cui se l'autonomia negoziale è libera di creare diritti reali, la proprietà viene svilita nella sua vocazione economica - ha come premessa quella secondo cui il mercato, se lasciato libero di operare, fallisce, nel senso che porta ad un risultato che non è coerente con la creazione di nuova ricchezza¹²¹.

Tuttavia, autorevole dottrina¹²² ha evidenziato che questa premessa è tutta da dimostrare, e, probabilmente, non è nemmeno più attuale e coerente con le concezioni liberistiche del mercato secondo cui di regola un mercato lasciato libero di operare non fallisce, ma realizza un assetto ottimale anche dal punto di vista economico, quindi dal punto di vista della ricchezza collettiva.

In questa prospettiva si ritiene, allora, che non è vero che l'autonomia negoziale lasciata libera di forgiare nuovi diritti reali svilisca la proprietà, ma anzi talvolta può amplificarne le possibilità di utilizzazione economica.

¹²¹ M. GIORGIANNI, *Diritti reali, (diritto civile)*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, Torino, p. 752, per cui «Una volta che, con l'evolversi del sistema economico, i diritti diversi dalla proprietà – e specie il diritto di credito – hanno arricchito il loro numero e il loro contenuto, si impone una revisione delle basi stesse dell'istituto».

¹²² A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *crit. dir. priv.*, 2000, n. 3, pp. 439-450.

In tempi recenti si è riparlato del principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali in presenza di fenomeni negoziali che cercano di amplificare, non di ridurre, le possibilità di utilizzo economico della proprietà privata.

Si pensi, per fare qualche esempio eclatante, alla multiproprietà, che nasce nella prassi negoziale e non aveva una base normativa, ma che poi il legislatore le ha dato anche sulla base della normativa comunitari, senza però prendere espressamente posizione sulla reale natura del diritto di multiproprietà.

Questo per dire che spesso il mercato, lasciato libero di operare, forgia nuovi diritti reali non per comprimere, ma per esaltare la vocazione economica della proprietà privata e soprattutto per soddisfare esigenze economiche che il mercato non darebbe. Questo è un dato.

Ad ogni modo, al di là della risposta al problema, un altro fenomeno che pure ha interessato il dibattito sulla attuale vigenza del principio è quello dei vincoli di destinazione sui patrimoni, quindi i patrimoni gravati da vincoli di destinazione di natura reale e quindi opponibili anche ai creditori o agli aventi causa incompatibili, il fenomeno sotteso al trust oppure il fenomeno sotteso a quel particolare negozio che il legislatore oggi nomina all'interno dell'art. 2345-ter c.c. che è anche lo strumento per passare dalla cd fiducia romanistica, che era l'unica fiducia che il nostro ordinamento conosceva, non opponibile al terzo, ad una fiducia di stampo germanico in cui il vincolo di destinazione, cioè il vincolo che grava la proprietà fiduciaria, è gravata da un vincolo reale che la rende atipica, la conforma ed è opponibile ai terzi¹²³.

Anche questo percorso che pure è strettamente legato al principio di tipicità del numero chiuso è un percorso che molto spesso la necessità di superare la rigidità derivante dalla doppia regola, tipicità e numero chiuso, è una esigenza richiesta dal mercato, dalle esigenze della economia e della società; quindi, questo in qualche modo contribuisce a smentire quella premessa o ad indurre un approfondimento.

Spesso è proprio il contrario: le figure di diritti reali atipici o le figure che hanno posto il problema della tipicità del diritto reali, si sono diffusi e poi spesso il legislatore gli ha dato una copertura dopo che si erano diffusi nella prassi; pensiamo alla multiproprietà, ai vincoli di destinazione di natura reale, proprio per assecondare le esigenze di carattere

¹²³ A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 55.

socioeconomico e quindi probabilmente questa affermazione non coglie propriamente la ratio del principio.

Altra spiegazione diffusa quando ci si interroga sulla attuale portata del principio del numero chiuso e della tipicità è quella che, in parte sviluppando il discorso precedente, ma affinandolo e attualizzandolo con ulteriori considerazioni, evidenzia che c'è sempre una esigenza di ordine pubblico economico, legata non tanto alla necessità di non svilire la vocazione naturalmente economicistica e produttivistica della proprietà privata, quanto di non introdurre un elemento che disincentiva la circolazione della proprietà privata.

Si sottolinea, infatti, che se i diritti reali possono essere tanti, anche atipici e oltre l'elenco previsto dal legislatore, la circolazione della proprietà privata viene in qualche modo ostacolata perché si crea un problema di insicurezza giuridica.

Ne consegue che il principio di tipicità e del numero chiuso servirebbe a garantire la sicurezza giuridica dei traffici, nel senso che una proprietà gravata da diritti reali atipici è una proprietà che rende chi acquista timoroso di trovarsi poi opposto un diritto reale non previsto dalla legge, e, quindi, non conosciuto o non conoscibile.

Tutte queste ricostruzioni appaiono utili per comprendere la direzione intrapresa dal legislatore in materia. Sembra potersi affermare, infatti, che i più recenti interventi normativi evidenzino una sorta di fuga dalla tipicità dei diritti reali. Si fa riferimento, in particolare, alla cd. legge del Dopo di Noi, che introduce un istituto definito "contratto di affidamento fiduciario".

Si tratta di una nuova forma contrattuale che la dottrina sta cercando di definire come un contratto autonomo, diverso da quelli conosciuti nell'ordinamento italiano e dalle tipiche attività delle società fiduciarie. Nonostante esso possa sembrare simile al contratto fiduciario, però, presenta delle differenze significative nella sua struttura e funzione.

In particolare, il contratto di affidamento fiduciario non deve essere confuso con il contratto di amministrazione dei fondi speciali, né con altre forme di mandato fiduciario. Questi contratti condividono solo il presupposto della titolarità del bene da parte del fiduciario o dell'affidatario, a seconda del caso, ma le loro caratteristiche morfologiche e funzionali sono molto diverse.

Il contratto di affidamento fiduciario ha una causa tipica, definita come "programmaticamente attributiva," che lo distingue dalla *causa fiduciae* e dalla causa gestoria, proprie del negozio fiduciario e del mandato. Inoltre, a differenza di altre forme

contrattuali, il contratto di affidamento fiduciario non è *intuitu personae*, il che significa che non è strettamente legato alla capacità e alla morte delle parti coinvolte, che possono essere sostituite senza alterare la natura del contratto.

Tuttavia, la legislazione italiana non ha ancora disciplinato in modo specifico il contratto di affidamento fiduciario, a differenza di quanto avvenuto nella legislazione di San Marino¹²⁴. La cd. Legge del Dopo di Noi del 2016 ha introdotto un regime fiscale favorevole per i “contratti di affidamento fiduciario”, ma non ha definito chiaramente la loro fattispecie o disciplina nel diritto civile italiano.

È importante notare che il solo uso del termine “contratti di affidamento fiduciario” nella legge sopra richiamata non conferisce automaticamente al contratto una disciplina o una identità giuridica specifica nel diritto italiano. Tuttavia, è ancora oggetto di discussione se questo termine possa rappresentare un passo verso una futura tipizzazione del contratto di affidamento fiduciario nel diritto civile italiano.

4. Il problema dell’opponibilità del *pactum fiduciae*

Come si è avuto modo di esporre, nella proprietà fiduciaria la titolarità formale e sostanziale del bene è del fiduciario ma l’interesse perseguito è quello del fiduciante. Questa scissione fra titolarità e interesse apre al rischio di abusi da parte del fiduciario. Il fiduciario, che è proprietario formalmente e sostanzialmente, è il soggetto che esercita il diritto di proprietà sostanzialmente e formalmente come effettivo proprietario ma non nell’interesse proprio, bensì nell’interesse del fiduciante.

Quanto appena esposto permette di introdurre uno dei temi maggiormente controversi in dottrina: quello dell’opponibilità del *pactum fiduciae* e, più in generale, quello della trascrivibilità dei diritti reali atipici.

Se si ammettono diritti reali atipici, infatti, si devono anche ammettere ipotesi atipiche di trascrivibilità e quindi in qualche modo consentire che l’atto che dà vita al diritto reale venga trascritto, perché non c’è dubbio che il diritto reale atipico, seppure l’autonomia negoziale lo forgia validamente, non sarà opponibile al terzo avente causa se non è stato regolarmente trascritto.

¹²⁴ M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2010, pp. 469 ss.

In questa prospettiva, sembra doversi ricordare che non sono mancati interpreti che hanno sottolineato che l'elenco di cui all'art. 2643 c.c. presenti margini di elasticità¹²⁵.

Nel dibattito sulla atipicità dei diritti reali, infatti, molto spesso si afferma, da parte di coloro che ammettono entro certi limiti che l'autonomia negoziale possa forgiare reali atipici¹²⁶, che il principio della tassatività della trascrizione andrebbe riletto guardando non tanto all'atto nominato tra quelli di cui è espressamente prevista la trascrivibilità, ma agli effetti dell'atto, quindi sarebbero trascrivibili anche fattispecie che sebbene nominalmente diverse da quelle indicate nell'art. 2643 c.c. però produrrebbero effetti sostanzialmente assimilabili.

In questo modo si consente di dare utilità pratica ad una questione che altrimenti risulterebbe meramente teorica. Se, infatti, si restasse fermi sulla conclusione secondo cui comunque gli atti trascrivibili sono tipici, non avrebbe molto senso parlare di tipicità o atipicità dei diritti reali perché non avrebbe senso creare diritti reali atipici ma negarne la trascrivibilità, atteso che soltanto attraverso la trascrizione il diritto reale in ipotesi atipico diventerebbe opponibile *erga omnes*¹²⁷.

Non si può certamente ipotizzare che il diritto reale possa nascere atipico grazie alla autonomia negoziale diventando opponibile *erga omnes* a prescindere dalla trascrizione: sarebbe un sistema che produrrebbe un risultato di insicurezza giuridica insostenibile.

Non a caso storicamente si è posto il problema per i vincoli di destinazione, per i quali il legislatore in qualche modo ha dato una base normativa, nominandoli e occupandosi della trascrizione.

Le norme che oggi prevedono i vincoli di destinazione opponibili ai terzi sono norme che sono sistematicamente collocate proprio in materia di trascrizione. Il legislatore, quindi, è stato pragmatico, dando per scontato il problema della validità e statuendo che si possono trasferire i negozi che creano questi vincoli di destinazione di carattere reale.

Questo dimostra lo stretto legame che esiste tra il principio di tipicità dei diritti reali e il principio di tipicità delle fattispecie trascrivibili. Il diritto reale atipico nel momento in cui nasce deve poter essere trascritto perché se non è trascritto certamente non è

¹²⁵ R. GIOVAGNOLI, cit.

¹²⁶ M. FRATINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2020.

¹²⁷ F. ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, (a cura di) C.M. BIANCA, Milano 2007.

opponibile, e ciò costituisce un dato di fondo per quanto riguarda i beni mobili o mobili registrati dove c'è la pubblicità dichiarativa.

Per i beni mobili in cui non c'è la pubblicità dichiarativa, la sicurezza si realizza in altro modo, il possesso vale titolo che consente non solo di acquistare la proprietà da chi non è proprietario ma anche più o meno nello stesso modo di acquistare la proprietà piena da chi non è proprietario pieno, quindi se il bene mobile è gravato da un diritto reale ma il diritto reale è sconosciuto all'acquirente il quale sulla base di un titolo astrattamente idoneo, in buona fede, gli viene consegnato un bene di cui pensa di avere la proprietà piena, il possesso vale titolo, c'è anche questo effetto liberatorio nel senso che io acquisto questa proprietà piena.

In materia di immobili la sicurezza è garantita dalla trascrizione, in materia di mobili questa funzione di dirimere i conflitti tra aventi causa e acquirenti è realizzata attraverso il possesso vale titolo, la consegna in buona fede dà vita alla cosiddetta *usucapio libertatis*, cioè acquisto una proprietà libera da diritti reali non conosciuti, se il soggetto è in buona fede e consegue il possesso.

Questo trova conferma nel fatto che, laddove il legislatore ha deciso di risolvere *per tabulas* il conflitto sulla ammissibilità di quelle forme discutibili in cui si poneva il problema della eventuale forzatura al principio di tipicità, come nel caso dei vincoli di destinazione, lo ha fatto proprio andando a novellare le norme sulla trascrizione.

Questo aspetto è rilevante in quanto testimonia lo stretto legame che esiste tra il dibattito sulla tipicità del diritto reale e quello sotteso alla tipicità delle sorti dei negozi trascrivibili.

Orbene, tornando al patto fiduciario, il problema dell'opponibilità si pone nel caso in cui il fiduciario eserciti il diritto non nell'interesse alieno ma nell'interesse proprio, contravvenendo al *pactum fiduciae*, e quindi violando la fiducia¹²⁸.

La violazione della fiducia germanistica fa scattare una tutela reale. Il fiduciante, se il fiduciario non rispetta gli obblighi assunti con il patto, ha tutela reale, cioè il *pactum fiduciae* è opponibile ai terzi acquirenti del bene.

¹²⁸ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, I, pp. 62 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in Riv. notariato, 2007, I, p. 1089 e ss.; ID., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996.

I terzi ai quali il bene è stato venduto dal fiduciario subiscono la opponibilità del *pactum fiduciae*; quindi, il fiduciante recupera la proprietà del bene contro il terzo acquirente. Nella fiducia romanistica, cioè nella nostra proprietà fiduciaria, la tutela del fiduciante in caso di violazione della fiducia da parte del fiduciario è obbligatoria, cioè il fiduciario è formalmente e sostanzialmente proprietario e quindi dispone della proprietà.

Se il fiduciario gestisce la proprietà, cioè compie atti di gestione del bene che violano il patto, la tutela accordata al fiduciante è l'azione di responsabilità per inadempimento del contratto fiduciario, cioè l'inadempimento da parte del fiduciario di gestire la proprietà nell'interesse del fiduciante, e quindi, eventualmente, solo il risarcimento del danno¹²⁹.

Se il fiduciario non solo gestisce la proprietà nell'interesse proprio ma trasferisce ad altri la proprietà violando la fiducia il negozio non è opponibile ai terzi. Quindi anche in questo caso la tutela del fiduciante è una tutela obbligatoria, di responsabilità per non aver rispettato il *pactum fiduciae*.

Una forma di tutela reale nella fiducia romanistica si configura solo quando il fiduciario non adempie l'obbligo di trasferire la proprietà al fiduciante ma non la trasferisce nemmeno a terzi. Cioè il fiduciario rimane proprietario del bene, non adempiendo all'obbligo di ritrasferire il bene al fiduciante. In questo caso uno strumento di tutela reale è previsto dall'art. 2932 cc. Il fiduciante può far valere in forma specifica l'obbligo di ritrasferire e quindi ottenere una tutela di tipo reale attraverso l'esecuzione in forma specifica.

Il fiduciante potrebbe ottenere, ma siamo nel campo delle ipotesi e non delle certezze, cioè siamo nel campo dei dibattiti e non del diritto vivente, una tutela reale anche quando il fiduciario non solo non adempie l'obbligo di ritrasferire ma ritrasferisce a un terzo, vendendo il bene.

Se vende il bene il *pactum fiduciae* come negozio obbligatorio non è opponibile al terzo, salva l'ipotesi in cui si ammette la trascrizione del *pactum fiduciae* come una forma di preliminare, quindi trascrivibile con le stesse regole del contratto preliminare, come negozio dal quale sorge l'obbligo di trasferire la proprietà.

¹²⁹ G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 1 ss.; ID, *Riflessioni Preliminari*, in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, (a cura di) C.M. BIANCA, Milano, 2007, pp. 11 ss. G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Milano, 1998.

Se si ammette la trascrizione del *pactum fiduciae*, se il *pactum* è trascritto prima della trascrizione dell'acquisto da parte del terzo, allora il *pactum fiduciae* è opponibile al terzo. Ma se il terzo trascrive prima della trascrizione del *pactum fiduciae*, la tutela torna ad essere obbligatoria.

4.1. (segue) Criticità legate alla tutela del fiduciante

Di norma, nella proprietà fiduciaria, la tutela del fiduciante è debole. È debole sia per le azioni che può esperire, responsabilità e risarcimento del danno, sia perché i creditori del fiduciario possono aggredire la proprietà fiduciaria, che è formalmente e sostanzialmente del fiduciario¹³⁰.

La proprietà fiduciaria, infatti, è la garanzia patrimoniale generica dei creditori del fiduciario ed è posta al riparo dalle aggressioni dei creditori del fiduciante alienante, salva la revocatoria. I creditori del fiduciante, quindi, non possono aggredire la proprietà del fiduciario.

La proprietà è posta a riparo dalle azioni dei creditori del fiduciante salvo l'azione revocatoria: i creditori del fiduciante rendono inefficace l'alienazione dal fiduciante al fiduciario.

La proprietà fiduciaria posta al riparo dalle azioni dei creditori del fiduciante non è posta al riparo dalle azioni dei creditori del fiduciario, che, invece, possono aggredirla.

In questo senso si spiega, ulteriormente, la posizione dottrinale per cui i diritti reali devono essere necessariamente un *numerus clausus*. La proprietà, infatti, è un *universus* unitario destinato a soddisfare le ragioni dei creditori. Con il negozio fiduciario il proprietario aliena formalmente la proprietà, sottraendola agli aventi causa. Lo stesso effetto, peraltro, può essere prodotto con i vincoli di destinazione, che però ben si prestano all'abuso¹³¹.

Questo spiega anche perché la destinazione patrimoniale è un fenomeno eccezionale, e nasce l'esigenza del negozio fiduciario. I fenomeni di destinazione con separazione, che sottraggono i beni alla garanzia patrimoniale generica, impongono una deroga alla tutela del credito, essendo una deroga a un principio generale per cui sono strettamente tipici e

¹³⁰ C.M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, pp. 95 - 96; E. CAMILLERI, *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, Anno II, Numero I, 29 marzo 2015, p. 25.

¹³¹ A. CHINALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 38.

sono quelli, e solo quelli, previsti dalla legge e le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, non possono dare vita a fenomeni nuovi perchè altrimenti violerebbero un principio generale.

Orbene, dal punto di vista delle pretese creditorie, sia quelle avanzate dai creditori del fiduciante che quelle proprie dei creditori del fiduciario, è necessario distinguere tra le questioni giuridiche che coinvolgono questi due gruppi.

È importante chiarire, infatti, che l'azione revocatoria, che può essere avviata dai creditori del debitore-fiduciante quando quest'ultimo compie in modo fraudolento la disposizione dei beni al fiduciario, non dovrebbe applicarsi automaticamente.

L'atto di disposizione comporta un danno effettivo nei confronti dei creditori del fiduciante, in quanto soddisfa tutti i requisiti previsti dall'articolo 2901 del codice civile, come il *consilium fraudis* (intenzione di frode), l'*eventus damni* (risultato dannoso) e la *scientia fraudis* (consapevolezza della frode da parte del fiduciario)¹³².

L'azione revocatoria impedisce al creditore che revoca l'atto di disporre di opporsi all'atto stesso e gli consente di intraprendere un'azione esecutiva sui beni oggetto della revocatoria. Tuttavia, l'atto conserva la sua efficacia tra le parti e nei confronti dei terzi, quindi non comporta né l'invalidità dell'acquisto né una restituzione a favore del creditore. L'obiettivo principale di questa azione è proteggere il creditore da atti di disposizione che mettono a rischio la sua possibilità di soddisfazione da parte del debitore.

Oltre all'ipotesi di attribuzione fraudolenta, la vera questione problematica in relazione alla fiducia riguarda l'attivazione dell'azione revocatoria contro gli atti che comportano un pericolo di insufficienza del patrimonio del fiduciante per garantire il credito del creditore.

In altre parole, affinché un atto sia soggetto a revocatoria deve effettivamente danneggiare le legittime pretese creditorie. La giurisprudenza ha stabilito che, nel caso di un atto compiuto per adempiere un'obbligazione, i creditori non hanno la possibilità di esercitare l'azione revocatoria. Si applica il principio generale che prevede l'azione revocatoria solo per gli atti che effettivamente riducono la garanzia patrimoniale generica

¹³² R. NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2901-2904)*, in *Comm. Scialoja-Branca (art. 2900-2969)*, Bologna-Roma, 1953, p. 183; L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. la responsabilità*, Milano, 1994, p. 435.

del creditore e non per tutti gli atti di disposizione compiuti dal debitore che comportano una diminuzione dei beni aggredibili, in termini di una possibile insolvenza¹³³.

In particolare, il negozio fiduciario (e lo stesso discorso vale per altre situazioni, come il contratto preliminare e il contratto definitivo) è considerato un atto dovuto e quindi non soggetto all'azione revocatoria.

Sembra importante sottolineare che, in materia di società di intermediazione mobiliare e quindi di attività fiduciaria che implica l'amministrazione e la gestione di beni per conto di altri, la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dell'azione revocatoria fallimentare per i pagamenti effettuati dalla società stessa, basandosi su un diritto di comproprietà dei clienti e sulla disciplina della separazione patrimoniale¹³⁴.

Le questioni si complicano ulteriormente quando si considera la posizione dei creditori del fiduciario che intendono agire in revocatoria contro gli atti compiuti dal fiduciario per adempiere al negozio fiduciario. La giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di intentare un'azione revocatoria a vantaggio dei creditori del fiduciario, poiché il fiduciario effettua comunque atti di disposizione su beni o diritti facenti parte del suo patrimonio, eliminando l'aspetto della funzionalità del trasferimento nell'interesse altrui.

Un supporto a questa interpretazione proviene da alcune decisioni relative al mandato, in cui si afferma che l'azione revocatoria può essere applicata alle somme che il mandatario riceve nell'interesse del mandante o ai pagamenti effettuati dall'operatore commerciale a favore del preponente.

Tuttavia, questa giurisprudenza non tiene conto dell'essenza stessa del fenomeno fiduciario, che non può essere ristretto a costruzioni formali poco aderenti alla realtà degli affari tra le parti. Inoltre, questa interpretazione mette in discussione il principio secondo cui, in assenza di premeditazione fraudolenta, l'atto di disposizione di beni soggetti a vincolo fiduciario è esente da revocatoria in quanto atto dovuto. In questi casi, l'atto di esecuzione dell'obbligo fiduciario non comporta necessariamente un pregiudizio alle

¹³³ Cassazione civile sez. III, 19/04/2018, n.9637, in *Foro it.* 2018, 10, I, 3136 Nota (s.m.) (nota di M. LUPOI), per cui «Pur non essendo necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dal singolo atto istitutivo di trust, va confermata, in parte qua, la pronuncia di merito che ha accolto la domanda di revocatoria di tale atto, specificando che esso era da ritenere a titolo gratuito, che i crediti erano anteriori al medesimo e che era evidente l'uso strumentale del conferimento dei beni nel trust, posto che il disponente si era riservato la facoltà di sostituire a suo piacimento sia il trustee che i beneficiari, rimanendo nella sostanza pienamente padrone di quei beni che venivano in tal modo sottratti alla garanzia dei creditori».

¹³⁴ Tribunale Milano sez. II, 05/12/2019, n.11251, in *Guida al diritto* 2020, 37, 67.

pretese creditorie, in quanto non mira a sottrarre i beni contemplati nel *pactum fiduciae* dalla garanzia generica dei creditori del fiduciario.

Un ulteriore elemento da considerare è il principio della separazione patrimoniale, applicabile alle società fiduciarie, che porta la giurisprudenza a escludere l'ammissibilità dell'azione revocatoria fallimentare a favore dei creditori della fiduciaria. Questo perché i beni coinvolti sono comunque estranei alle pretese creditorie dei creditori della fiduciaria.

In effetti, considerando la destinazione dei beni oggetto del *pactum fiduciae* e l'effetto complessivo dell'intera operazione economica prevista dal contratto fiduciario, potremmo giungere a una soluzione più equa e conforme ai principi di giustizia sostanziale, oltre che formale. In altre parole, l'aspetto funzionale dell'atto di disposizione esclude l'applicazione dell'azione revocatoria da parte dei creditori del fiduciario, a meno che non vi sia un danno effettivo alle loro legittime pretese creditorie.

In ogni caso, nei casi non patologici, il trasferimento di proprietà o di diritti deve rispettare la natura stessa del negozio fiduciario, inteso come atto dovuto e finalizzato a rendere efficace il programma di interessi concordato tra le parti, in conformità al principio dell'autonomia negoziale. Questo principio consente di risolvere i problemi derivanti da discrepanze sistemiche attraverso l'interpretazione estensiva delle categorie giuridiche, affinché queste non diventino vuote o distanti dal mondo giuridico che intendono regolare.

Nell'attuale contesto, la necessità di rivedere il modello di fiducia è evidenziata non solo dalla presenza di istituti simili in ambito internazionale ed europeo, ma anche dalla proposta di progetti di legge che mirano a introdurre un contratto fiduciario con *causa fiduciae* tipica. Tuttavia, all'interno dell'ordinamento italiano, in assenza di una regolamentazione esplicita del negozio fiduciario, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che esso sia ammissibile in base all'articolo 1322 del codice civile, secondo comma, purché miri a tutelare interessi meritevoli di protezione.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha enfatizzato la necessità di una concezione evolutiva dei rapporti fiduciari. Le decisioni giurisprudenziali, infatti, rispondono concretamente alle esigenze di giustizia sostanziale e cercano di garantire una tutela efficace al fiduciante, con conseguenze che contrastano con il comportamento abusivo delle società fiduciarie.

Ciò che assume particolare rilevanza è il tentativo di evitare soluzioni gravemente ingiuste a danno del cliente-fiduciante. Queste soluzioni possono riguardare l'efficienza e la correttezza del mercato, in quanto si tratta di tutelare il credito e la gestione dei patrimoni mobiliari. Si tratta di adottare un approccio personalizzato nei confronti dei rimedi, al fine di evitare degenerazioni nei rapporti già instaurati.

Le pronunce, però, presentano spesso anche alcune ambiguità nelle conclusioni giuridiche, poiché non chiariscono la distinzione tra proprietà formale e sostanziale, facendo però uso di questa distinzione per risolvere il caso specifico, che è caratterizzato dalle peculiarità del rapporto fiduciario.

Ciò che è evidente, comunque, è che risulta difficile, per gli interpreti, configurare il negozio fiduciario come un'entità caratterizzata da due anime separate su binari distinti destinati a non incontrarsi mai. La giurisprudenza oscilla tra la necessità della legittimazione a disporre della cosa rispetto alla titolarità della stessa¹³⁵.

Per cercare di unificare queste due prospettive, potremmo considerare l'idea di una limitazione convenzionale degli effetti del negozio fiduciario, in linea con il principio generale dell'autonomia negoziale di cui all'articolo 1322 del codice civile. Questa limitazione potrebbe essere applicata solo agli effetti interni del negozio fiduciario, a condizione che siano rispettate le regole aggiuntive stabilite dalla legge, come quelle relative alla causa illecita, al negozio in frode alla legge e al motivo illecito comune ai contraenti, come previsto negli articoli 1343, 1344 e 1345 del codice civile.

Questo punto di vista è stato recentemente approfondito in una decisione di legittimità che rielabora il negozio fiduciario come un'operazione economica¹³⁶. Questa prospettiva conferma la validità di un approccio endogeno al sistema giuridico per quanto riguarda le questioni di rimedio. In particolare, fa riferimento alla più ampia tematica dei vincoli di destinazione come parte integrante della riflessione in materia.

¹³⁵ G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di C.M. BIANCA, Milano, 2007, pp. 73 ss.; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano 2007, pp. 120 ss.

¹³⁶ Cass., 14 febbraio 2018, n. 3656, in *Giur. comm.*, 2019, p. 808, ove si afferma che «la causa tipica del negozio fiduciario non risiede né nel trasferimento del bene, né nella sostituzione del fiduciante ai fini del compimento di specifici atti, ma nella combinazione dei due momenti allo scopo della c.d. spersonalizzazione della proprietà; si configura quindi un contratto unitario, nell'ambito del *genus* dell'agire per conto altrui, caratterizzato dalla convergenza delle posizioni delle parti nell'interesse del fiduciante».

Nel caso specifico, emerge un'operazione negoziale che la Corte riconduce all'interno dello schema del negozio fiduciario. In questa operazione, un marito fornisce una somma di denaro per acquistare immobili a nome della moglie, che in seguito saranno trasferiti a lui in base a un accordo formalizzato in una dichiarazione unilaterale scritta dalla moglie.

Dalla sentenza emergono diversi aspetti interessanti, ma quello su cui ci si vuole concentrare è l'identificazione, da parte dei giudici, del paradigma fiduciario alla luce dell'importante chiave di lettura rappresentata dall'operazione economica. La Corte afferma chiaramente che la fiducia costituisce la causa dell'intera operazione economica messa in atto dalle parti, caratterizzata da un legame stretto tra diversi negozi giuridici collegati tra loro. Questo legame conferisce legittimità e meritevolezza all'impegno del fiduciario di ritrasferire i beni.

In altre parole, il criterio ermeneutico e ordinante dell'operazione economica permette di comprendere e sottoporre alla disciplina sulla fiducia l'articolazione complessa dei diversi atti di autonomia privata e gli effetti che ne derivano. Questo avviene grazie a una prospettiva unificante che evidenzia una causa fiduciaria unitaria, la quale sostiene i singoli segmenti negoziali e i trasferimenti effettuati dai contraenti. La dottrina ha osservato che «è al pactum fiduciae che si riannodano comunque, in punto di causa, più atti negoziali, tutti concorrenti nell'attuazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti»¹³⁷.

Questa ricostruzione trova conferma nella sentenza in questione, che rafforza ulteriormente l'idea dell'operazione economica come parametro giuridico per individuare la causa fiduciaria che i contraenti intendono realizzare nel programma fiduciario complessivo.

5. Fiducia e divieto di patto commissorio

Le parti, quando utilizzano il negozio fiduciario, possono perseguire diversi scopi, tra cui quello della garanzia. Tale scenario si verifica quando avviene un trasferimento fiduciario da parte del debitore al proprio creditore con un patto fiduciario, che prevede che, una volta adempiuto, il creditore restituirà il bene al debitore-fiduciante. In alternativa, il medesimo risultato può essere ottenuto mediante il trasferimento del bene

¹³⁷ E. VIAL, *Apporti al "trust" in misura fissa: recenti interventi ministeriali e giurisprudenziali*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 8/2006.

da parte del fiduciante a un terzo, previamente concordato, con l'accordo che quest'ultimo, in caso di inadempimento, trasferirà il bene al creditore del fiduciante.

Tale scenario è noto come *fiducia cum creditore*, e, in relazione ad essa, sorgono interrogativi sulla sua conformità con l'art. 2744 del codice civile italiano, noto come il divieto del patto commissorio. Orbene, sul tema sembra importante un approfondimento sulla questione.

Il patto commissorio, ai sensi dell'art. 2744 c.c., è il patto in forza del quale le parti prevedono che la cosa data in ipoteca passi in proprietà del creditore al verificarsi dell'inadempimento del debitore¹³⁸. La norma è espressione di un principio generale anche se ha una ratio controversa atteso che essa può essere individuata attraverso angoli prospettici differenti. La *ratio* varia a seconda della prospettiva di analisi del divieto: quella del debitore; quella del creditore; quella dell'ordinamento giuridico.

Vi sono tre angoli di osservazione differenti. Nella prospettiva di analisi dal lato di tutela del debitore, l'ordinamento vieta il patto commissorio perché il patto commissorio lede il debitore. Si apre, in questa prospettiva, una dicotomia rilevante.

Nella prospettiva della tutela del debitore, invece, la ratio del divieto del patto commissorio può essere patrimonialistica o non patrimonialistica. Nella prospettiva patrimonialistica il legislatore vieta il patto commissorio per tutelare la parte debole del rapporto (debitore) esposto al rischio di approfittamento del creditore.

Il creditore, infatti, con il patto commissorio, impone al debitore di farsi dare in garanzia un bene di valore maggiore rispetto all'entità del credito garantito. Il patto commissorio realizza una sproporzione, imposta dal creditore, tra il valore della cosa data in garanzia di cui il creditore diventerà proprietario in caso di inadempimento e il valore del credito garantito. Quella sproporzione dei valori in gioco determina una abusiva appropriazione da parte del creditore dell'eccedenza di valore del bene¹³⁹.

¹³⁸ C. BOTTA, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, p. 75; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Trim.*, 1950, 298, ripubblicato in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951; M. LASCIALFARI, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 257 ss.

¹³⁹ G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 12/2012, p. 1031; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 196.

Un'appropriazione, un eccesso di garanzia del creditore cui corrisponde un eccesso di responsabilità patrimoniale per il debitore. La sproporzione tra i valori determina l'appropriazione del valore del maggior valore del bene rispetto al credito garantito, quell'appropriazione di eccedenza di valore realizza un arricchimento ingiustificato del creditore. Quindi la ratio ultima del divieto del patto commissorio dialoga con il 2041 cc. In quest'ottica il patto commissorio diventa una forma di convenzione che lambisce l'usura reale, costituendo il presupposto applicativo del reato di cui all'art 644 c.p.

Nella prospettiva non patrimonialistica, invece, la ratio del divieto del patto commissorio è sempre la tutela del debitore, ma a prescindere dalla sproporzione dei valori, dall'arricchimento ingiustificato¹⁴⁰.

L'ordinamento, infatti, tutela la libertà morale del debitore, lesa dal patto commissorio indipendentemente dalla proporzione tra il valore del credito garantito e il valore della cosa data in garanzia, una presunzione *iuris et de iure*.

Il patto commissorio per il fatto di essere un patto commissorio lede la libertà morale del debitore. In questa prospettiva l'arricchimento ingiustificato del creditore non è elemento costitutivo del divieto del patto commissorio potendo, al più, essere un elemento sintomatico, ma non costitutivo.

Nella prospettiva di analisi dal lato del creditore, il patto commissorio è vietato perché introduce una deroga alla par condicio creditorum, andando ad incidere sul principio di parità di trattamento.

Il creditore che si soddisfa direttamente sul bene, infatti, diventa proprietario con assoluta prevalenza rispetto a tutti gli altri. In questo modo si introduce una forma di garanzia reale atipica in spregio della regola del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia, e quindi il creditore si soddisfa con precedenza rispetto a tutti gli altri creditori.

In questa prospettiva il patto commissorio è vietato come forma di autotutela privata del creditore. Questo angolo prospettico, in realtà, non appare condivisibile perché la suddetta par condicio è già alterata dall'esistenza del pegno o dell'ipoteca, atteso che in questi casi il creditore ha già il diritto di soddisfarsi con precedenza sul bene.

Non è la prospettiva di analisi del creditore che evidenzia la vera *ratio* del divieto del patto commissorio, non è il problema dell'alterazione della par condicio, siamo già fuori

¹⁴⁰ F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Trim.*, 1950, p. 298.

dal problema della *par condicio*. La *par condicio* opera in assenza di una causa legittima di prelazione, quando c'è una causa legittima di prelazione il creditore ha già il diritto di soddisfarsi con precedenza su quel bene, solo che qui il diritto di soddisfazione avviene con l'appropriazione del bene¹⁴¹.

La prospettiva semmai è quella dell'ordinamento giuridico. Il contratto con causa di garanzia, infatti, soddisfa l'interesse del creditore all'adempimento del debitore. Il patto commissorio non soddisfa l'interesse del creditore all'adempimento del debitore, ma l'interesse del creditore a diventare proprietario del bene.

Ecco da dove nasce quella tesi che giustifica il divieto del patto commissorio sotto il profilo della causa¹⁴²: il patto commissorio ex art. 2744 c.c. è nullo per difetto di causa, la causa di garanzia non può sorreggere l'effetto traslativo, non è idonea a soddisfare l'interesse del creditore a diventare proprietario del bene. La causa di garanzia soddisfa l'interesse del creditore all'adempimento, non l'interesse del creditore a diventare proprietario del bene.

Quale che sia la ratio, un dato in giurisprudenza è certo: il divieto del patto commissorio, indipendentemente dalla ratio, è espressione di un principio generale che sancisce un divieto di risultato¹⁴³. In questo modo si allarga il campo di applicazione del divieto.

L'art. 2744 cc è calibrato sul pegno e sull'ipoteca, ma nonostante faccia espressamente riferimento a pegno e ipoteca è interpretato dalla Corte di Cassazione come norma espressiva di un principio generale che sancisce un divieto di risultato.

La disposizione in commento viene interpretata dalla Cassazione come una norma che sancisce un divieto di risultato, cioè il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia che dipende dall'inadempimento del debitore.

E allora ricade nel divieto del patto commissorio l'alienazione a scopo di garanzia sospensivamente condizionata, attraverso cui il debitore trasferisce (non c'è la costituzione del pegno o dell'ipoteca) al creditore la proprietà di un bene per garantire l'adempimento. Apponendo al negozio traslativo una condizione sospensiva, il creditore

¹⁴¹ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 34 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 85 ss.

¹⁴² G. TARANTINO, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 12/2012, p. 1031.

¹⁴³ N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 34 ss.; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, pp. 85 ss.

diventerà proprietario in caso di inadempimento del debitore. Se il debitore non adempierà, il creditore diventerà proprietario. Quindi l'inadempimento è la condizione sospensiva apposta al negozio traslativo in funzione di garanzia¹⁴⁴.

L'alienazione a scopo di garanzia sospensivamente condizionata realizza il risultato vietato dal 2744 c.c., quindi ricade nell'ambito di applicazione del divieto. Trasferimento della proprietà in funzione di garanzia che dipende dall'inadempimento del debitore (condizione sospensiva). Lo stesso vale nel caso di alienazione con funzione di garanzia risolutivamente condizionata. In questo caso il creditore diventa immediatamente proprietario del bene, solo che quel trasferimento dipende da una condizione risolutiva, rappresentata dall'adempimento del debitore. Se il debitore adempie l'obbligazione si verifica la condizione risolutiva che determina il riacquisto della proprietà del bene in capo al debitore.

Nell'alienazione a scopo di garanzia risolutivamente condizionata è vero che l'effetto traslativo è immediato, ma l'effetto traslativo è precario, è una ipotesi di proprietà temporanea, di proprietà precaria. Il creditore è proprietario ma non in maniera definitiva, perché se il debitore adempie si verifica la condizione risolutiva che determina il ri-trasferimento della proprietà al debitore. Il creditore diventa definitivamente proprietario se il debitore non adempie.

L'acquisto definitivo della proprietà dipende dall'inadempimento del debitore attraverso la tecnica della condizione risolutiva, che rende definitivo l'acquisto della proprietà in capo al creditore¹⁴⁵.

Vietata è, poi, anche la vendita a scopo di garanzia che si verifica quando il negozio adempie sia una funzione creditizia che di garanzia. In questo caso, il venditore assume un'obbligazione effettiva garantita attraverso il trasferimento fiduciario di un bene specifico. Il divieto dell'art. 2744 del codice civile viene violato se le parti concordano che il creditore diventerà proprietario del bene in caso di inadempimento del debitore. Tuttavia, la nullità del patto si verifica anche se il trasferimento fiduciario da parte del fiduciante a un terzo, con l'accordo di trasferirlo al creditore in caso di inadempimento del fiduciante-debitore, è considerato, comportando la nullità dell'accordo stesso.

¹⁴⁴ A. BURDESE, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949; I. RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, IV, P. 220.

¹⁴⁵ G. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1973, P. 149; L. PIAZZA, voce *Garanzia (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1988; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 196.

In passato, la giurisprudenza aveva distinto tra una vendita a scopo di garanzia lecita e una vendita nulla a causa di una violazione del divieto del patto commissorio, basandosi sul momento in cui avveniva il trasferimento effettivo della proprietà del bene dall'alienante-debitore all'acquirente-creditore.

Se il trasferimento fosse avvenuto immediatamente (ad esempio, in caso di vendita condizionata all'adempimento del debitore o di vendita con patto di riscatto o retrovendita), il contratto sarebbe stato considerato valido, poiché rientrava nello schema del negozio fiduciario. Tuttavia, se la vendita fosse stata soggetta a una condizione sospensiva legata all'inadempimento del debitore, il contratto sarebbe stato considerato nullo in quanto mascherava un prestito garantito da un patto commissorio.

La sentenza n. 3800 del 1983 della Suprema Corte ha segnato un cambiamento nell'orientamento giurisprudenziale, recependo l'opinione prevalente in dottrina¹⁴⁶.

Questa decisione ha stabilito che il momento del trasferimento della proprietà del bene non era rilevante e ha ricondotto entrambe le situazioni, cioè la vendita condizionata all'adempimento del debitore e quella con patto di retrovendita, nell'ambito dell'art. 2744 del codice civile. In entrambi i casi, si riteneva che l'intento dei contraenti fosse lo stesso: garantire il pagamento del debito, il che costituiva una finalità di garanzia, illecita in quanto contraria al divieto del patto commissorio. In questa prospettiva, l'intento di garanzia è diventato la causa del contratto, determinando l'applicazione del divieto, indipendentemente dal momento del trasferimento della proprietà. Di conseguenza, anche la vendita condizionata all'adempimento è stata considerata nulla.

Tuttavia, alcune alienazioni fiduciarie a scopo di garanzia sono considerate valide poiché sono strutturate in modo da evitare il divieto del patto commissorio. In questi casi, un accordo noto come patto marciano è ammesso, poiché consente al debitore di recuperare la differenza tra il valore del bene e l'ammontare del debito. Una valutazione effettuata da un terzo dopo l'inadempimento determina l'importo che il creditore deve versare al debitore a titolo di differenza, rendendo il patto legalmente valido.

¹⁴⁶ Cassazione civile sez. III, 03/06/1983, n.3800, in *Fallimento*, 1985, p. 157 (nota), per cui «Il divieto formulato in termini generici dall'art. 2744 c.c. concerne anche il caso di patto commissorio avente ad oggetto beni di proprietà di terzi, i quali assumono nel patto commissorio occulto la figura di venditori a garanzia del debito di altri».

Capitolo III

Il negozio fiduciario nell'evoluzione giurisprudenziale

SOMMARIO: 1. Natura e funzioni delle norme che prescrivono la forma scritta *ad substantiam*. – 2. Patto fiduciario e forma. – 3. La soluzione innovativa delle Sezioni Unite sul negozio fiduciario con oggetto immobiliare. – 4. Profili processuali. – 5. Profili di diritto tributario.

1. Natura e funzioni delle norme che prescrivono la forma scritta *ad substantiam*

Nell'ordinamento interno, secondo l'opinione consolidata sia della dottrina¹⁴⁷ che della giurisprudenza¹⁴⁸, vige il principio della libertà delle forme per la manifestazione della volontà negoziale degli atti giuridici, ivi compresi i negozi giuridici.

¹⁴⁷ La dottrina maggioritaria ha a lungo sostenuto l'indiscussa validità del suddetto principio e, come logica conseguenza, affermato la natura eccezionale delle prescrizioni formali. Cfr., *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 285; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, 136; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., 358; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 122 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 994; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in Riv. dir. civ., 1972, I, 125; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 191; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in Riv. dir. comm., 1976, I, 198 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 276 ss.. «Poiché il principio della libertà delle forme è considerato, da questa dottrina, come espressione del più generale principio di autonomia privata, logico corollario della suesposta impostazione è il divieto del ricorso, per le norme prescriventi un onere di forma solenne, non solo all'analogia ma pure all'interpretazione estensiva, la quale costituirebbe un "comodo scudo per eludere il discorso dell'art. 14 disp. prel.» (M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1004).

¹⁴⁸ La giurisprudenza, nelle sue numerose pronunce sul tema, nonostante la costanza nella riaffermazione del principio attraverso i suoi *obiter dicta*, mostra in realtà un atteggiamento ambiguo, insito nella diffusa tendenza ad ammettere l'interpretazione estensiva delle prescrizioni formali, così da far ritenere che, in concreto, tale principio sia non solo quantitativamente di scarsa rilevanza ma sia persino "disapplicato attraverso l'interpretazione razionale e teleologica della norma che introduce il requisito formale" (A. LISERRE - A. JARACH, *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, XIII, t. III, Torino 1999, 399, nt. 13). Sembra invece accogliere favorevolmente questa opzione giurisprudenziale P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988, 809 ss., il quale, alla luce delle numerose sentenze della Cassazione che, da un lato ribadiscono il principio di libertà della forma e, dall'altro, estendono gli oneri formali anche al di là dei casi già previsti dal legislatore (si pensi alla necessità della forma scritta a pena di nullità per il mandato ad acquistare beni immobili), ritiene che ciò non sia contraddittorio bensì sia il frutto di un'interpretazione teleologica e razionale delle disposizioni che impongono la forma solenne. Questo metodo, infatti, non comporta un'interpretazione analogia di queste ultime ma semplicemente estensiva, possibile solo laddove l'interprete ritrovi, nel caso concreto, la stessa ratio sottesa alla prescrizione formale, pur in assenza di un'esplicita norma che richieda l'adozione di una particolare forma *ad validitatem*.

Tale principio implica che, fuori dai casi espressamente previsti, un contratto non è nullo né altrimenti invalido se non è adottata una forma solenne o tipica. Le ipotesi di contratti formali sarebbero dunque un'eccezione alla regola.

Infatti, argomentando *a contrariis* dal disposto dell'art. 1325 n. 4 c.c. che include la forma tra gli elementi essenziali del contratto a pena di nullità sono nei casi tassativamente previsti dalla legge, laddove nulla è previsto deve intendersi lasciato al potere di scelta dei contraenti l'individuazione della forma più confacente per la regolamentazione dei propri interessi¹⁴⁹.

L'impostazione tradizionale, tuttavia, in anni più recenti è stata oggetto di rivisitazione critica, soprattutto in dottrina¹⁵⁰. In primo luogo, si è messo in evidenza in una prospettiva realistica dell'attuale sistema contrattuale come l'osservanza dei vincoli di forma condizioni l'operatività di molteplici contratti sotto diversi aspetti.

Nella prospettiva di un progressivo superamento del dogma del rigido formalismo una parte della dottrina¹⁵¹ ha negato in radice l'esistenza di un siffatto principio sul presupposto che gli atti per i quali la legge non prescrive alcun requisito di forma non sarebbero atti a forma libera, bensì atti privi di forma per il diritto. Non sarebbero, quindi, manifestazioni di un principio generale di libertà, ma solo di uno spazio in cui vi è l'assenza di qualunque norma giuridica sulla forma¹⁵².

In merito, evidenziata la debolezza dell'astratto binomio regola-eccezione, si è posto l'accento sulla struttura del contratto. A tale stregua, si è osservato che l'articolo 1325 c.c. non porrebbe una regola di relazione tra norme giuridiche, ma si limiterebbe a descrivere due diverse strutture: l'una definita forte, che nasce dalla combinazione di

¹⁴⁹ Dello stesso avviso anche G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.*, 1987, I, 322, il quale, ritenendo che la libertà della forma altro non sia che un "momento fisiologico" dell'autonomia privata, alla quale è connaturata la libertà di scegliere la forma attraverso cui esplicitare tale autonomia, scrive «se l'atto di autonomia è lo strumento attraverso cui i privati concretamente esprimono una regolamentazione dei propri interessi, un ruolo certamente primario è destinato a svolgere anche la veste (e cioè la forma) in cui tale regolamentazione si manifesta [...] perché la libertà di scegliere è il contenuto è anche libertà di scegliere quel contenente nel quale, il contenuto, troverà oggettiva e concreta possibilità di realizzarsi».

¹⁵⁰ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, X. E aggiunge: «Sciolto da ombre giusnaturalistiche ricondotto sul terreno del diritto positivo, il requisito di forma ci appare come una semplice scelta del legislatore che, in singoli casi, aggiunge un elemento alla struttura del contratto. Non antitesi con la libertà naturale [...] né eccezione a regole formali; ma soltanto norma di struttura e di combinazione degli elementi della fattispecie. I contratti, per i quali il legislatore non prescrive requisiti di forma, non sono né più liberi né meno solenni, ma soltanto contratti con struttura semplice e a un numero inferiore di addendi» (ivi, XX).

¹⁵¹ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985, p. 21 ss.

¹⁵² Ivi.

quattro elementi (accordo, causa, oggetto e forma); l'altra debole, nella quale manca l'elemento della forma¹⁵³.

Sulla base di tale logica bipartitica delle fattispecie negoziali si è affermata la natura non eccezionale delle norme che pongono un onere formale e, per l'effetto, un'applicazione analogica (art. 14 disp. prel.) delle stesse al ricorrere di tali esigenze.

In tal senso, pur riaffermando l'esistenza del generale principio di libertà delle forme, si ritiene che non possa desumersi una regola assoluta di tassatività delle singole forme vincolate. Le relative norme, piuttosto, andrebbero interpretate individuando, da un lato, le esigenze o gli interessi che ne giustificano la previsione e, dall'altro, verificando la loro meritevolezza, adeguatezza, compatibilità e coerenza con ipotesi diverse, a seconda dei valori caratterizzanti il sistema¹⁵⁴.

Altri¹⁵⁵, invece, hanno osservato che il principio generale di libertà delle forme non esclude che possano esistere nell'ordinamento altri principi generali di contenuto opposto

¹⁵³ N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988, 449 ss., il quale considera le due strutture come autonome e complete e, a seconda che l'interprete si trovi di fronte all'una o all'altra, egli dovrà accertare la sussistenza di tre ovvero di quattro requisiti, configurandosi solo in questa seconda ipotesi "un problema giuridico di forma", insussistente, al contrario, nei contratti a struttura debole, nei quali, inoltre non opera nemmeno un principio di libertà delle forme. In altri termini, secondo l'Autore accordo, causa e oggetto sono tre dati "necessari e sufficienti a completare la struttura del contratto" in quanto "nessuna norma aggiunge il quarto requisito". La tesi è ulteriormente suffragata con il riferimento agli articoli del codice francese del 1804 e di quello italiano del 1865 in tema di requisiti essenziali per la validità dei contratti, rispettivamente artt. 1108 e 1104, poiché "entrambi si limitavano a elencare il consenso delle parti, la capacità di contrattare, un oggetto determinato, una causa lecita per obbligarsi. L'elemento della forma era regolato a proposito di singoli contratti e sotto la sezione della prova per iscritto" (ivi, 451). Si comprende, dunque, la differente impostazione, dal momento che "mentre i codici ottocenteschi esprimevano il carattere occasionale e aggiuntivo della forma, riconoscendo all'accordo delle parti un'assoluta priorità logica, il codice del 1942 attribuisce all'accordo e alla forma la medesima dignità. Lo stesso Autore afferma la necessità di "liberarsi da ogni eredità giusnaturalistica" in quanto, "per un lungo arco di tempo, la tradizione giusnaturalistica ha messo in antitesi consenso e forma", qualificando la prima come un elemento "nativo, spontaneo, irriducibile", posto non dalle leggi storiche ma da quelle naturali. Secondo Domat, infatti, il consenso appartiene alle regole naturali, "perenni e invariabili", cui si contrappongono "le regole arbitrarie, dettate dai legislatori positivi", alle quali sarebbe propriamente riconducibile il requisito della forma (N. IRTI, *o.l.u.c.*, p. 449 s.).

¹⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 39, per il quale nel sistema giuridico esistono sia forme libere, sia forme vincolate, ma con riferimento a nessuna delle due categorie è possibile parlare di regola o di eccezione, senza mettere in discussione il principio di libertà della forma. Come nota anche R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano 2011, 8, "lo studio di Irti ha avuto il merito fondamentale di avere aperto il dibattito e [...] di aver provocato, come reazione, il ritorno di una tendenza (di origini risalenti) ad analizzare la forma sotto l'aspetto teleologico piuttosto che strutturale. E, soprattutto, ha avuto il merito di aver posto in dubbio l'assunto secondo cui le norme che prescrivono forme legali abbiano natura eccezionale".

¹⁵⁵ S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, sub art. 1350, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano 2003, p. 29, il quale, con riferimento al neoformalismo negoziale, osserva che «in un caso la prescrizione di una determinata forma corrisponde alla finalità di tutela del contraente debole, in un altro assicura certezza dei

ma di minore estensione, e che certe forme vincolate possano essere, a loro volta, espressione di siffatti principi. Per tali norme sarebbe, quindi, ammissibile il procedimento analogico, ma si tratterebbe di *analogia iuris* e non di *analogia legis*.

Di tal guisa, ad esempio, principi generali formalistici si rinvencono in materia di atti relativi a diritti immobiliari, in materia di contratti bancari, di intermediazione finanziaria per rispondere a esigenze di certezza nella circolazione dei traffici giuridici, nonché per agevolare i controlli di carattere tipicamente documentale.

Nella sua accezione più generale la forma negoziale comprende qualunque modalità espressiva con il solo limite della sua idoneità allo scopo.

Per le forme vincolate, invece, vige la regola opposta in quanto esse costituiscono un numero ristretto. Nell'ambito degli atti negoziali, tra cui si annoverano quelli aventi ad oggetto diritti reali, l'imposizione di una forma vincolata assume univocamente il significato di forma scritta nelle due versioni della scrittura privata e dell'atto pubblico, considerate ormai equivalenti in mancanza di diversa indicazione legislativa.

Nei negozi formali, pertanto, deve essere redatta per iscritto la manifestazione di volontà della quale consta il negozio. Nelle situazioni più lineari ciò si traduce nella sottoscrizione da parte dei contraenti di un documento apposito contenente il regolamento contrattuale. Tuttavia, vi sono anche situazioni meno chiare in cui esiste un documento scritto relativo al contratto, ma non formato per manifestare la volontà di concluderlo.

Le norme che prescrivono la forma scritta *ad substantiam* (ex art. 1350 c.c.) sono inderogabili, sicché la loro violazione determina la nullità del contratto.

In linea generale, il difetto di forma non ammette sanatorie: il contratto può essere, eventualmente, ripetuto nella forma prescritta ma si tratterà di nuovo contratto.

Allo stesso modo, normalmente si dà atto dell'impossibilità di surrogare la forma scritta *ad substantiam* con posteriori dichiarazioni ricognitive o confessorie anche se formalmente redatte, compreso il negozio di accertamento scritto di un contratto concluso

rapporti contrattuali, in un altro ancora ha un compito certificativo dell'assolvimento di uno specifico iter procedimentale al quale la legge annette un'apposita rilevanza in relazione agli interessi privilegiati. In altre parole, il requisito formale, da "uno" [...] si scompone nelle "forme" dei diversi settori dell'intervento legislativo». Nella stessa direzione P. RESCIGNO, "*Trasparenza*" bancaria e "*diritto comune*" dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 304 ss.; allo stesso tempo, gli oneri formali costituiscono un vantaggio anche per l'imprenditore e il professionista, i quali ne guadagnano in termini di certezza, di trasparenza e di efficacia.

verbalmente. Il contratto redatto in difetto del requisito di forma, dunque, non è salvato da un atto esecutivo redatto per iscritto, né da una dichiarazione successiva.

Tuttavia, sia per il tenore normativo delle relative disposizioni, sia per effetto della funzione nomofilattica della giurisprudenza, il rigore formalistico ha subito una serie di temperamenti. Così, ad esempio in tema di successione e donazioni gli artt. 509 e 709 c.c. ammettono sanatorie anche in caso di difetto di forma.

Il formalismo legale risponde a diverse esigenze: responsabilizzazione del consenso; certezza del rapporto contrattuale tra le parti contraenti; garantire la certezza nella circolazione dei traffici giuridici nei confronti dei terzi.

La prima è tesa a stimolare l'attenzione dei contraenti su quanto pattuito; tale esigenza è tanto più forte quanto più il contratto è importante, si pensi alla rilevanza socio-economica dei beni coinvolti nella compravendita immobiliare e la portata dei diritti implicati: diritti reali, diritti personali di godimento di lunga durata.

La certezza del rapporto tra le parti, invece, sottende la necessità di identificare con maggiore precisione l'oggetto del contratto.

Infine, la certezza della circolazione delle situazioni giuridiche può essere perseguita solo garantendo un sistema di pubblicità che consenta ai terzi di conoscere gli effetti loro opponibili. Sotto tale aspetto, dunque, emerge lo stretto legame che intercorre tra forma e pubblicità, di cui la prima è prerequisito ed infatti spesso i contratti formali sono anche contratti soggetti a trascrizione nei registri immobiliari (artt.1350 e 2643 c.c.).

Tuttavia, come anticipato, l'affermarsi di una lettura teleologica del formalismo negoziale che iscrivere la forma *“in una dimensione moderna, di tipo funzionale, che risponde alla molteplicità di scopi che la stessa, di volta in volta, è diretta a realizzare”* sul piano applicativo comporta che l'attenzione interprete debba rivolgersi *“non tanto al come della previsione formale quanto al perché”*¹⁵⁶.

Con la conseguenza che, una volta intesa la *ratio* e la rilevanza dell'onere formale, dovrà valutare la possibilità di estenderne la portata – tramite l'interpretazione estensiva – ad altre fattispecie che condividano la medesima esigenza sottostante¹⁵⁷.

¹⁵⁶ G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, cit., 324

¹⁵⁷ Secondo A. LISERRE – A. JARACH, *La forma in generale*, cit., 410 ss., la lettura in chiave teleologica della norma formale consente anche di superare il dualismo tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, in quanto dalla lettura di alcune norme (spesso contenute nelle leggi speciali) emerge la necessità che il negozio «risulti» da atto scritto, espressione che non può essere ricondotta né all'una né

2. Patto fiduciario e forma

Il *pactum fiduciae* è una fattispecie atipica non espressamente disciplinata dalla legge, pertanto, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma¹⁵⁸

Tuttavia, la libertà delle forme quale corollario dell'autonomia negoziale delle parti è recessivo in rapporto al principio, consolidato sia in giurisprudenza che in dottrina, secondo cui l'obbligazione avente ad oggetto il trasferimento di un bene immobile debba rivestire la forma scritta *ad substantiam* prevista per la vendita, in ragione di esigenze di certezza giuridica, fiscale e antielusive che vi si riconnettono.

Il contemperamento tra i due principi non è facile né scontato. La tassatività della forma scritta nei casi espressamente previsti dall'art. 1350 c.c., infatti, è stata messa in discussione rispetto a talune operazioni negoziali che, pur non essendo formalmente traslative, producono comunque un effetto di trasferimento indiretto di diritti immobiliari.

In astratto, la disposizione di cui all'art. 1350 c.c. in quanto norma speciale e non eccezionale si estenderebbe ad una casistica comprensiva sia di atti di disposizione diretta, dunque immediatamente traslativi, sia di atti di disposizione c.d. mediata, ossia istitutivi di soli obblighi di trasferimento.

Ciò si evince, del resto, dall'art. 1351 c.c. che rinvia alla necessità *per relationem* della forma scritta del preliminare immobiliare.

Ciononostante, permangono perplessità sulla necessità della forma scritta anche per gli atti di disposizione indiretta, in quanto il codice non fornisce una chiara indicazione in tal senso.

all'altra categoria (ecco perché spesso si è usato il termine forma *ad regularitatem*, per indicare che l'onere formale non è richiesto per la perfezione del negozio e nemmeno per fini probatori, ma per il raggiungimento di altri e ulteriori effetti: cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 311 ss.). L'approccio che si fonda sull'interpretazione finalistica consentirebbe in queste ipotesi (quali, ad esempio, la verbalizzazione dell'assemblea societaria ordinaria, del consiglio di amministrazione, delle assemblee condominiali e di altre riunioni assembleari) «di addivenire a soluzioni pratiche certo più soddisfacenti rispetto a quelle che considerano ogni forma, non rilevante ai fini della perfezione strutturale del negozio, come forme *ad probationem*». In questo modo, con la consapevolezza dei diversi fini ai quali la norma forma è di volta in volta preordinata, «si potrà tentare di individuare il tipo di sanzione e di effetto discendenti dal mancato rispetto di quella forma» (ivi, 312).

¹⁵⁸ CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, cit., 1309 ss. Al riguardo pare poi opportuno notare come le Sezioni unite richiamino Cass., Sez. II, 27 agosto 2012, n. 14654 che, seppur nell'ambito di una controversia ove ha luogo un'intestazione fiduciaria di somme in un conto corrente, pare volersi soffermare anche sulla disciplina generale dell'istituto in esame e con specifico riferimento alla forma afferma che: «Trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, e, in mancanza di una disposizione espressa in senso contrario, il *pactum fiduciae* non può che essere affidato al principio generale della libertà della forma».

La questione ha riguardato il *pactum fiduciae*¹⁵⁹ su cui si è registrato un contrasto interpretativo composto da ultimo dalle Sezioni unite della Cassazione su cui si dirà in seguito.

Invero, la giurisprudenza di legittimità si è interrogata più volte sulla forma da riconoscere al patto di fiducia, considerato dalla tesi prevalente come negozio traslativo atipico, atteso che la sua causa è da rinvenirsi nel collegamento di due negozi giuridici: uno che trasferisce ovvero attribuisce una situazione giuridica ad un soggetto (fiduciario) con efficacia esterna *erga omnes*; l'altro di carattere interno, volto a modificare e limitare il risultato esterno finale poiché in base a esso il fiduciario è obbligato a ri-trasferire il diritto cedutogli dalla controparte o, per indicazione di questi, a trasferirlo a un terzo.

Nei rapporti esterni, dunque, il fiduciario è titolare pieno ed esclusivo del diritto giacché il patto interno non assume nessuna rilevanza nei confronti dei terzi. Solo successivamente e in esecuzione del patto fiduciario interno il fiduciario ritrasferirà il diritto al fiduciante.

Orbene, ci si è chiesti se in caso di negozio fiduciario avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili, la forma scritta *ad substantiam* sia richiesta anche per il c.d. *pactum fiduciae* che impone al fiduciario il ri-trasferimento del diritto oppure se, stante la valenza meramente obbligatoria, in ossequio al principio di libertà della forma, sia sufficiente l'oralità dell'accordo *inter partes*.

¹⁵⁹ Per indicazioni essenziali v. Mir. C. M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; A. BORGIOI, *Società fiduciaria I) diritto commerciale*, in Enc. giur., XXIX, Roma, 1993; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; U. CARNEVALI, *Negozi giuridico III*, in Enc. giur., XX, Roma, 1990; A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1995; G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in Riv. dir. civ., 1983, I, p. 136 ss.; A. DE MARTINI, *Negozi fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in Giur. compl. Cass. Civ., XXII, 1946, 2°, p. 705 ss.; J.Ph. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»: Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle.Genève.Munich, 2000; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1979; M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 273 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in Riv. dir. comm., 1936, I, p. 353 ss.; S. GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand*, München, 1997; C. LARROUMET, *La fiducie- Une revolution dans notre droit*, in *Banque & Droit*, I parte, 1990, p. 239 ss., II parte, 1991, p. 1ss.; U. LEPTIEN, in *Soergel B.G.B. Commentar*, Band I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, p. 1273 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; E. M. MASTROPAOLO, *La fiducie nel diritto positivo francese*, in Riv. dir. civ., 2000, I, p. 35 ss.; R. MARTUCCI, *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, in Riv. dir. comm., 1991, p. 479 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1966; G. Nickel Schweizer, *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz*, Basel und Stuttgart, 1977; G. OPPO, *Titoli di credito I) in generale*, in Enc. giur. XXXI, Roma, 1994; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 347 ss.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile – Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, p. 232 ss.

Il problema rileva non solo e non tanto sul piano meramente dogmatico quanto pratico attese le ricadute applicative che derivano sia in termini di certezza dei traffici giuridici sia sul piano strettamente della tutela del fiduciante.

In passato sul punto sono emersi due indirizzi contrastanti sebbene entrambi muovessero dalla comune considerazione della forma scritta.

Secondo la dottrina¹⁶⁰ e la giurisprudenza¹⁶¹ prevalenti, il negozio fiduciario che riguarda beni immobili deve rivestire la forma scritta a pena di nullità. Dunque, la rilevanza del patto fiduciario sarebbe condizionata alla circostanza che i soggetti abbiano redatto per iscritto il *pactum*. Su tale scia, l'accordo fiduciario relativamente all'assunzione dell'obbligo di ritrasferire in capo al fiduciario è assimilato, *quoad effectum*, al contratto preliminare.

Con la conseguenza che ai fini della validità deve osservare (*ex art 1351 c.c.*) la forma vincolata prevista per la stipula del contratto definitivo.

Dunque, è necessaria la forma scritta a pena di nullità se il negozio fiduciario abbia ad oggetto beni immobiliari e sia previsto l'obbligo per il fiduciario di modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di un terzo designato. Ciò anche a fronte dell'assimilazione a un contratto preliminare in relazione all'obbligo assunto dal fiduciario di emettere una dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del contratto voluto dal fiduciante. In tale prospettiva, pertanto, la fonte dell'obbligazione di ritrasferire del fiduciario può essere solo un atto negoziale bilaterale e dispositivo.

Di conseguenza, secondo la giurisprudenza¹⁶²: “sarebbe onere del fiduciante dimostrare l'esistenza dell'accordo fiduciario, che ha preceduto o accompagnato a

¹⁶⁰Tali tesi sono richiamate da Rota - Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia. Pianificazione patrimoniale e passaggio generazionale*, III ed., Milano, 2017, p. 290; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 918 ss.; L. SIMONETTI, *Manuale Notarile*, II ed., a cura di Genghini, Roma, 2019, p. 339; F. ZACCARIA, *sub art. 1350 c.c.*, in *Comm. Cian-Trabucchi*, Padova, 2016, p. 1441.

¹⁶¹Cass. Civ., SS.UU., sentenza n. 3861/1954, in *Foro it.*, 1955, p. 9, con nota di Stolfi. Tra le più recenti cfr. Cass. Civ., sentenza n. 1137/2003, in *Contratti*, 2003, con nota di Leo; Cass. Civ., sentenza n.14637/2000, ivi, 2001, con nota di Bartolomucci, e in *Giur. it.*, con nota di Fogliati.

¹⁶²Cass, 7 aprile 2011 n. 8001, cit.; Si veda pure Cass. Sez., I 18 aprile 1994, n. 3706; Cass., 9 maggio 2011, n.10163: «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 part, 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 dirsi soddisfatto solo se il documento costituisca l'estrinsecazione formale diretta della volontà 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 di prove storiche non consentite dall'art. 2725 c.c.».

stipula del contratto di acquisto, con l'assunzione da parte del fiduciario di retrocessione del bene immobile".

Sotto tale aspetto si evidenzia che la dichiarazione unilaterale del fiduciario non può supportare la finalità dell'acquisto poiché un atto di ricognizione *ex post* di un atto solenne stipulato *ab origine* informalmente non può supplire al difetto di forma previsto come requisito essenziale del contratto a pena di nullità.

Dunque, corollari che discendono da una siffatta lettura consistono nel ritenere che il *pactum fiduciae* avente ad oggetto un diritto reale immobiliare debba rivestire la forma scritta *ad substantiam*, posto che l'art. 1351 c.c. dispone che il preliminare deve avere la stessa forma del contratto definitivo (forma c.d. *per relationem*), per il quale la legge richiede la forma scritta a pena di nullità (art. 1350, comma 1, n. 1) c.c.). Ciò posto, ne conseguirebbe la nullità del patto stesso qualora sia stipulato oralmente (artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 4), c.c.) e la sua inidoneità a costituire titolo suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

Pertanto, il difetto del requisito di forma non può essere surrogato e sanato da un'eventuale dichiarazione unilaterale del fiduciario che attesti l'esistenza del patto stipulato verbalmente e si riconosca obbligato al trasferimento della *res* in favore del fiduciante.

Viceversa, secondo la tesi minoritaria, per il negozio fiduciario con ad oggetto beni immobili la forma scritta non sarebbe richiesta *ad substantiam*, con la conseguenza che sarebbe valido anche il patto fiduciario orale. A tale stregua si ritiene che la forma può considerarsi rispettata dalla dichiarazione unilaterale redatta per iscritto e sottoscritta con cui il fiduciario si impegna a trasferire beni al fiduciante in attuazione del medesimo *pactum fiduciae*.

Di conseguenza si esclude che la relativa obbligazione sia suscettibile di essere eseguita in forma specifica mediante il trasferimento giudiziale del bene a norma dell'art. 2932 c.c.

Dal patto orale, pertanto, deriverebbe un'obbligazione il cui eventuale inadempimento determinerebbe solo una forma di responsabilità risarcitoria senza possibilità di avvalersi di una tutela in forma specifica. In tale prospettiva, infatti, si distinguerebbe tra il negozio interno ad effetti meramente obbligatori, sottratto ad obblighi di forma, dal negozio esterno di attuazione del primo, che in quanto traslativo o implicante l'impegno al

trasferimento di diritti reali immobiliari necessiterebbe pacificamente della forma scritta a pena di nullità e che può consistere in determinati casi in un impegno unilaterale coercibile a norma dell'art. 2932 c.c.

Detto in altri termini, non si ritiene necessaria la forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare; invece, si considera necessaria una dichiarazione scritta unilaterale del fiduciario per il negozio di ri-trasferimento del bene¹⁶³.

In tal senso, la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario non si configurerebbe come semplice promessa, bensì come fonte di un'obbligazione che consente di agire con una domanda di esecuzione in forma specifica, purché l'atto contenga una corretta individuazione dell'immobile e sia sorretto dalla causa espressa nel patto fiduciario orale, valido in virtù del principio di libertà delle forme recepito nell'ordinamento interno¹⁶⁴.

Tale impostazione si fonda sulla considerazione secondo cui generalmente l'accordo fiduciario a *latere* risulta non scritto e il fiduciario si impegna a modificare unilateralmente e in un secondo momento la situazione giuridica delineatasi.

Il nuovo indirizzo interpretativo, invece, ritiene sufficiente anche una dichiarazione unilaterale scritta con cui il fiduciario si impegna, in maniera attuale e precisa, a trasferire al fiduciante la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di detto precedente accordo fiduciario.

L'interrogativo, tuttavia, si è riposto da ultimo in tali termini: se possa considerarsi valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire soltanto un atto bilaterale scritto e coevo all'acquisto, ovvero se sia sufficiente un atto unilaterale.

¹⁶³ Cass. Sez., III, 15 maggio 2014, n.10633, annotata da R. PETRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, in *Contratti*, n. 1/2015, p. 12 ss.; A. SCHILLACI, *Negozi fiduciario, impegno a ritrasferire la proprietà degli immobili su richiesta ed esecuzione in forma specifica*, in www.camminodiritto.it.

¹⁶⁴ Si vedano, Cass. 30 gennaio 1985 n.560, in *Dir. e giur.*, 1987 p.268; Cass.27 agosto 2012, n.14654, consultabile all'indirizzo: www.webgiuridico.it.

3. La soluzione innovativa delle Sezioni Unite sul negozio fiduciario con oggetto immobiliare

Le Sezioni Unite, in seguito all'ordinanza di rimessione del 2019, hanno composto il dibattito in materia, sulla base di una soluzione interpretativa innovativa rispetto ai precedenti giurisprudenziali e dottrinali¹⁶⁵. Permane, tuttavia, qualche profilo di criticità.

Nell'esaminare la questione circa la necessità o meno della forma scritta del patto fiduciario immobiliare, gli ermellini colgono l'occasione per una valutazione *tout court* della fattispecie fiduciaria, intesa come fenomeno anziché come categoria giuridica¹⁶⁶.

La premessa da cui muovono è quella secondo l'operazione fiduciaria, attese le diverse declinazioni che può assumere, si presenta strutturalmente come un negozio a geometrie variabili sorretto da una causa unitaria (per l'appunto la *causa fiduciae*) le cui problematiche vanno indagate caso per caso¹⁶⁷.

Nel dettaglio, in riferimento alla necessità del requisito di forma *ad substantiam* del *pactum fiduciae* che acceda ad una compravendita ad intestazione fiduciaria, i giudici di legittimità, contrariamente all'orientamento maggioritario, concludono a favore della prevalenza del principio di libertà delle forme vigente in materia contrattuale.

Atteso che l'operazione fiduciaria postula due distinti effetti, attributivo e obbligatorio, l'interrogativo da porsi è se la forma *ad substantiam*, ex art.1350 c.c. richiesta per l'effetto reale si estenda anche all'effetto obbligatorio derivate dall'accordo fiduciario.

¹⁶⁵ N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp.373,435. Per una panoramica delle diverse posizioni dottrinali si veda anche V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano 1978. A. FALZEA, *Rappresentanza e fiducia*, in F. ALCARO E R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato, fiducia e Trust*, Milano, 2003, p.158; M. PATRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene in esecuzione in forma specifica*, in *I Contratti*, ISSN 1123 -5047,1,2015, pp.12 - 24.

¹⁶⁶ Cass. Sez. Un. sentenza del 6. 3. 2020 n. 6459 in *Giustizia Civile Massimario 2020*, punto 3.1.p.11 in cui la Corte riconosce che «il negozio fiduciario si presenta non come fattispecie ma come una casistica; all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, funzione e per pratici effetti».

¹⁶⁷ GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 364-378. La teoria che vede il negozio fiduciario come una fattispecie unitaria contraddistinta dalla causa *fiduciae* è stata condivisa anche da una parte della giurisprudenza, cfr. Cass. 19 maggio 1969, n. 1261, citata da LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, cit., 6. Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2014. n. 10633, con nota di Corallo, cit, p. 141 ss., e di Patrone, in *Contratti*, 2015, 1, 12 ss. ha stabilito che «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella appunto 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 differenti sia nel numero che nella tipologia». Contra, A. CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico*, cit. 35; N. NITTI, voce *Negozio fiduciario*, cit., 205, spec. nota 3, che sottolinea come la *causa fiduciae* sia un semplice motivo che giustifica l'intesa fiduciaria.

Al di là delle considerazioni sul concetto di fiducia accolto nell'ordinamento e sulla causa che sorregge siffatto negozio, di cui si è già ampiamente trattato, è opportuno in primo luogo tener conto che l'operazione consente a una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (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 ad un terzo da lui designato.

In tale prospettiva ciò che risalta è in primo luogo la componente gestoria dell'istituto e, quindi, l'errore di fondo della dottrina di assimilare il negozio fiduciario al preliminare piuttosto che al più affine istituto del mandato senza rappresentanza avente ad oggetto beni immobili¹⁶⁸.

Quest'ultimo secondo la giurisprudenza si qualificherebbe per essere un contratto a struttura debole sottratto alla regola della forma *ad substantiam* prescritta dell'art. 1350 c.c., e, pertanto, potendosi concludere anche verbalmente tra le parti in ossequio al principio della libertà delle forme.

Anche parte della dottrina è concorde nel ritenere che il contratto di mandato è l'espressione più tipica e generale di una cooperazione giuridica basata sull'agire per conto altrui, con un obbligo di fedeltà del mandatario verso l'interesse del mandante. Il mandato si fonda sulla fiducia, così come per il negozio fiduciario, realizzata attraverso l'intermediazione di un soggetto che svolge una gestione, appunto, sostitutiva¹⁶⁹.

Sotto tale aspetto, il legislatore configura il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili come uno strumento di cooperazione giuridica che postula l'obbligo di ri-trasferimento in capo al fiduciario (art. 1706, comma 2, c.c.) nonché l'attività gestoria del mandatario. Attività che, nel contratto fiduciario, il fiduciario realizza sino al momento della successiva alienazione a favore del fiduciante.

Un primo aspetto comune tra le due figure, dunque, si ravvisa nella interposizione reale di persona con la conseguenza che, al di là della qualificazione giuridica della singola

¹⁶⁸ La sentenza in epigrafe richiama Cass., sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798.

¹⁶⁹ F. ALCARO, in Comm. cod. civ. diretto da E. GABRIELLI, Utet, 2011, sub art. 1704, 342 ss.

fattispecie, è possibile un'applicazione analogica della disciplina tra i due istituti¹⁷⁰. Lo stesso, invece, non può affermarsi nel raffronto tra preliminare e negozio fiduciario.

Sebbene, infatti, entrambe le figure si caratterizzino per l'effetto iniziale strumentale a quello finale, presentano profonde differenze sostanziali. Nel preliminare l'effetto obbligatorio è strumentale e anteriore rispetto all'effetto reale e l'obbligo di trasferire è funzionale alla realizzazione di una funzione commutativa; viceversa, in quello fiduciario l'effetto obbligatorio si innesta su un effetto reale preesistente, conformandolo all'effettiva volontà delle parti verso lo scopo ulteriore concretamente perseguito. Inoltre, quest'ultimo postula un trasferimento effettivo della proprietà, seppur temporaneo e revocabile, a differenza del preliminare da cui discende soltanto un vincolo obbligatorio tra le parti, senza incidere sulla titolarità del bene.

In tal senso la Cassazione ha chiarito che la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario garantisce la neutralizzazione del consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante. A ciò si aggiunga che 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. Al contrario, 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 nell'obbligazione di dare che da esso origina»¹⁷¹.

In considerazione di tali argomentazioni, pertanto, è stata esclusa la possibilità di assimilare il negozio fiduciario al contratto preliminare con il conseguente superamento dell'indirizzo dominante che estendeva al negozio fiduciario per analogia l'art. 1351 c.c. e il relativo onere di forma.

¹⁷⁰ P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, Utet cit., 55 ss., propende per la qualificazione del rapporto tra fiduciante e fiduciario in termini di mandato e per l'applicazione al rapporto interno tra le parti del regime tipico del mandato: il mandante è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 c.c.); è tenuto a rimborsare al mandatario le anticipazioni da questo effettuate ed a corrispondergli il compenso che gli spetta (art. 1720 c.c.); il mandante può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705, comma 2, c.c.); può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario (art. 1706, comma 1, c.c.); il mandatario è obbligato a ritrasferire al mandante le cose immobili acquistate (art. 1706, comma 2, c.c.).

¹⁷¹ Cfr. Cass. 2020 n. 6459, cit.

Tra l'altro, ciò non si traduce in un *deficit* di tutela per il fiduciante dal momento che a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di ri-trasferimento, il fiduciante può ricorrere al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. anche se l'accordo è stato concluso oralmente essendo l'esecuzione in forma specifica un rimedio generale esperibile anche per i casi in cui l'obbligo di trasferire riguarda beni mobili contenuti in accordi verbali¹⁷².

Ricondotto, dunque, il contratto fiduciario atipico nello schema del contratto di mandato senza rappresentanza con oggetto immobiliare, occorre altresì stabilire se rientri nei c.d. contratti a struttura debole che sfuggono al requisito formale *ad substantiam* ovvero in quelli a struttura forte per i quali il legislatore prevede la forma scritta a pena di nullità.

In dottrina è stata evidenziata la peculiarità del mandato senza rappresentanza consistente in un'articolata finalità gestoria che comprende l'incarico assunto dal mandatario di acquistare in nome proprio il bene dal terzo, di custodirlo e di ritrasferirlo *solvendi causa* al mandante oppure ad altro soggetto da questi indicato. Pertanto, non determina una circolazione automatica di diritti reali immobiliari.

La tesi ha trovato accoglimento anche in una parte della giurisprudenza¹⁷³ che evidenzia che le esigenze di tutela nella circolazione dei diritti sottese alla forma scritta non vengono in rilievo in riferimento a tale tipologia di mandato, atteso che esso non postula alcun atto di dismissione di un diritto di proprietà o altro diritto reale su bene immobile in capo al mandante ma costituisce l'obbligo in capo al mandatario al compimento di un'attività gestoria.

Esigenze di tutela di certezza giuridica e responsabilizzazione del consenso, piuttosto, si pongono in relazione all'atto di acquisto del diritto reale da parte del mandatario in nome proprio, e, successivamente, per l'atto di ri-trasferimento che il mandatario è (art. 1706, comma 2, c.c.) obbligato a porre in essere in esecuzione del rapporto di gestione al fine di realizzare l'effetto reale immobiliare in capo al mandante. In tal caso, la forma

¹⁷² R. CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 4, 1309 ss.

¹⁷³ Cass., sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051, con nota di V. MARICONDA, in Corr. giur., 2013, 12, 1504 ss.; S. PALMA, *La Cassazione ritorna sulla forma del mandato ad acquistare: un vero «revirement»?* , in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 2, 675 ss.

scritta assurge a requisito essenziale ai sensi dell'art. 1350 c.c. la cui assenza determina nullità del contratto¹⁷⁴.

Quanto esposto, dunque, avvalora la conclusione secondo cui anche nel rapporto tra fiduciante e fiduciario (allo stesso modo che tra mandante e mandatario) in quanto rapporto meramente interno e ad effetti obbligatori non sussiste alcun requisito di forma scritta, necessario, invece, solo per gli atti che costituiscono valida fonte dell'effetto traslativo in capo al fiduciario (o al mandatario) del bene proveniente dal terzo e nel successivo negozio a favore del fiduciante (o del mandante)¹⁷⁵.

In definitiva, dunque, in ossequio al generale principio di libertà delle forme dei contratti accolto nell'ordinamento interno, in conformità a quanto previsto dall'art. 14 disp. preliminari, non è possibile applicare per analogia il dettato legislativo contenuto nell'art. 1351, in quanto norma eccezionale e derogatoria. Diversamente opinando, qualora si imponesse l'assoggettabilità di tutti i contratti relativi a diritti reali immobiliari si finirebbe per negare il carattere tassativo e non esemplificativo dell'elenco di cui all'art. 1350 c.c.

4. Primi sviluppi ermeneutici conseguenti alla ricostruzione operata dalle Sezioni Unite

A fronte dell'approdo giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sin qui commentate, giova segnalare che la ricostruzione ermeneutica operata dal supremo consesso di giustizia civile è stata ulteriormente suffragata in una successiva ordinanza¹⁷⁶ che si è soffermata sul mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili con riferimento al principio di libertà delle forme.

Tale ordinanza dimostra il consolidamento del proprio recente orientamento giurisprudenziale – per vero affermatosi già con la sentenza n. 20051 del 2 settembre

¹⁷⁴R. CALVO, *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, cit., 1309 ss. L'Autore in particolare osserva che «L'effetto reale non esaurisce la causa del mandato all'acquisto, laddove il preliminare è invece penetrato dal programma traslativo che si eleva a nervatura centrale della fattispecie preparatoria».

¹⁷⁵ La Suprema Corte ribadisce quindi, nella sentenza in epigrafe, la necessità della forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 1, c.c. per il contratto di acquisto dell'immobile dal terzo venditore da parte del fiduciario e per il successivo atto di trasferimento ad opera del medesimo ed a favore del fiduciante o della persona da lui indicata.

¹⁷⁶ Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 13 dicembre 2021, n. 39566.

2013¹⁷⁷ - in virtù del quale, in ossequio al principio di libertà delle forme, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non richiede la forma scritta *ad substantiam*: tale considerazione sul presupposto che la forma scritta è richiesta esclusivamente per l'atto di trasferimento del bene dal mandatario al mandante, in esecuzione dell'obbligazione assunta col mandato. Del resto, a fronte della validità del mandato non stipulato per iscritto, è configurabile un atto ricognitivo di quel mandato, il quale non ha ad oggetto un atto nullo - per difetto di forma - ma ha la funzione di accertare l'esistenza ed il contenuto del mandato stesso.

Tali principi sono già stati confermati dalla Corte di cassazione nella sentenza a Sezioni Unite¹⁷⁸ commentata in questo paragrafo in cui, come noto, si è sostenuto che il patto fiduciario - col quale le parti convengono che il fiduciario si obblighi nei confronti del fiduciante ad acquistare per conto di quest'ultimo un bene immobile da un terzo e successivamente a trasferirlo al fiduciante (o a un terzo) - è assimilabile al mandato senza rappresentanza, con conseguente applicazione della relativa disciplina (a)formale.

Con riferimento al *casus* da cui ha avuto origine l'ordinanza in commento, i fatti hanno riguardato la stipulazione in forma orale di un contratto di mandato senza rappresentanza all'acquisto di beni immobili. Nel caso di specie le parti, legate da legami affettivi al tempo della stipulazione, hanno convenuto in forma orale l'assunzione da parte della mandataria dell'obbligo di acquistare alcuni beni immobili in nome proprio ma per conto del mandante, con conseguente obbligo di trasferirli a quest'ultimo in un tempo successivo, a richiesta del mandante. In esecuzione di tale accordo, la mandataria ha acquistato in nome proprio i beni immobili, utilizzando la provvista fornita dal compagno.

Successivamente, tale accordo ha formato oggetto di:

- un atto bilaterale (contenuto in un documento consegnato a un notaio), con cui le parti hanno dato atto che l'acquisto in capo alla mandataria era fittizio e che le parti si impegnavano a porre in essere gli atti necessari a fare acquistare il diritto al proprietario legittimo;

¹⁷⁷ Per un'analisi approfondita della pronuncia si rinvia al commento di V. MARICONDA, *Mandato verbale senza rappresentanza all'acquisto di un immobile e successiva dichiarazione ricognitiva scritta*, in *Corr. giur.*, 2013, 12, pp. 1504 ss.

¹⁷⁸ Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459.

- una ricognizione unilaterale in forma scritta da parte della mandataria, con la quale è stata riconosciuta - facendo riferimento all'atto bilaterale depositato presso il notaio - la sussistenza dell'obbligo da mandato.

A seguito del rifiuto da parte della mandataria di adempiere l'obbligazione avente ad oggetto il trasferimento dei beni al mandante, quest'ultimo ha agito in giudizio per vedere riconosciuti i propri diritti.

La domanda è stata respinta nei gradi del giudizio di merito. Il giudice di primo grado ha rigettato la domanda sulla base dei seguenti argomenti:

- la dichiarazione unilaterale ricognitiva del mandato non può essere utilizzata in giudizio;

- la ricognizione non aveva effetti in quanto avente ad oggetto un contratto nullo per difetto di forma. Il giudice di prime cure, infatti, decreta la nullità del mandato senza rappresentanza per carenza della forma scritta, ritenendola prescritta a pena di nullità.

In secondo grado, è stato riconosciuto che il documento depositato presso il notaio contenesse un accordo di mandato, ma che comunque questo fosse affetto da nullità per difetto di forma.

Nel merito, due sono i motivi sulla base dei quali è stato presentato il ricorso per cassazione, i quali sono stati trattati unitariamente dalla Corte. Con il primo motivo si è denunciata la violazione degli artt. 1705 e 1706 c.c., assumendo che la Corte d'Appello avrebbe erroneamente ritenuto fonte dell'obbligazione la sola dichiarazione ricognitiva unilaterale con la quale la mandataria ha riconosciuto la sussistenza dell'obbligo da mandato, senza valutare il contratto bilaterale concluso dalle parti, il quale avrebbe avuto tutti gli elementi costitutivi di un valido contratto di mandato senza rappresentanza. Col secondo motivo il ricorrente ha denunciato la violazione degli artt. 1350, 1351, 1705, 1706 e 2735 c.c., eccependo l'erroneità e il superamento della tesi secondo cui il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili debba rivestire la forma scritta.

La Suprema Corte ha ritenuto fondati i motivi del ricorso, rilevando come la Corte d'Appello abbia erroneamente valutato la questione basandosi esclusivamente sulla tematica della forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.

Infatti, la Corte d'Appello, rilevando il mancato rispetto della forma scritta, ha sostenuto la nullità del contratto di mandato, con la conseguente inefficacia della

successiva dichiarazione ricognitiva unilaterale, in quanto avente ad oggetto un atto invalido.

Ad avviso della Cassazione, i giudici di merito avrebbero dovuto preliminarmente valutare se vi fosse stata la stipulazione di un contratto di mandato senza rappresentanza in forma scritta, prima di effettuare una valutazione relativa alla necessità o meno della forma scritta del mandato e, ritenendo questa mancante, farne derivare la nullità del contratto e del successivo atto ricognitivo.

Il giudice di legittimità rileva come nel caso in esame vi fosse stata effettivamente la stipula di un contratto di mandato senza rappresentanza (la scrittura bilaterale depositata presso il notaio) e che questo, pertanto, costituiva ragione del diritto al trasferimento in capo al ricorrente - mandante. La causa, pertanto, si sarebbe potuta valutare indipendentemente dalla trattazione del secondo motivo di ricorso relativo alla forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.

In particolare, la Corte di cassazione afferma che costituisce giurisprudenza consolidata la ricostruzione secondo cui il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta, la quale occorre soltanto per gli atti, come la procura, che costituiscono presupposto per la realizzazione dell'effetto reale del trasferimento della proprietà. La Corte si allinea così alle recenti pronunce giurisprudenziali sul tema¹⁷⁹ che, evidenziando le distinzioni tra mandato e procura, escludono la necessità di una forma scritta per il mandato ad acquistare beni immobili in nome proprio.

¹⁷⁹ Cass. Civ., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 20051, la quale afferma che «La forma scritta è richiesta a pena di nullità per gli atti relativi a diritti reali su beni immobili per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto; in tema di mandato all'acquisto, tale forma è in base agli artt. 1350, 1351, 1392 e 1706 c.c. richiesta per la procura conferita dal mandante al mandatario, per il contratto preliminare o definitivo concluso dal mandatario a nome del mandante o proprio, e, in questo secondo caso, per il conseguente atto volto a ritrasferire il bene al mandante, la mancanza del quale può essere supplita dall'esecuzione forzata in forma specifica. La forma scritta non può considerarsi invece prescritta anche per il contratto di mandato in sé, perché da questo deriva soltanto, tra mandante e mandatario, l'obbligazione di eseguire il mandato, la cui mancata conforme esecuzione lo espone unicamente a responsabilità per danni. Per converso, una volta che il mandatario abbia effettuato l'acquisto, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di ritrasferire il bene al mandante può trovare fondamento nell'atto unilaterale, redatto anche successivamente al detto acquisto, con cui il mandatario riconosca il suo obbligo di farlo, quante volte l'atto contenga l'indicazione del bene, del prezzo e della causa del contratto, o che gli stessi consenta di individuare anche per relationem». Si vedano altresì le seguenti pronunce più recenti, le quali confermano il nuovo corso: Cass. Civ. 28 ottobre 2016, n. 21805, in *LaTribunaPlus*, così massimata: «In ossequio al principio di libertà delle forme, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta, che occorre soltanto per gli atti, come la procura, che costituiscono presupposto per la realizzazione dell'effetto reale del trasferimento della proprietà»; e Cass. Civ. 11 novembre 2015, n. 22989, la quale enuncia il medesimo principio di diritto.

Dopo aver evidenziato che la tesi formalistica deve ormai essere considerata superata, la Corte argomenta nel senso che «l’orientamento che riteneva necessaria la forma scritta anche per il contratto di mandato - tendenzialmente basato su una analogia tra il mandato ad acquistare ed il contratto preliminare e sulla mancata distinzione tra mandato e procura - è stato condivisibilmente superato osservando che il mandato è atto obbligatorio, che ha efficacia solo tra le parti e che non comporta alcun effetto reale, che invece deve riconnettersi all’atto di trasferimento del bene dal mandatario al mandante».

Elemento centrale del nuovo orientamento è, appunto, l’efficacia meramente obbligatoria del contratto di mandato, il quale comporta esclusivamente il sorgere dell’obbligazione in capo al mandatario di agire per conto del mandante, senza che si realizzi alcun trasferimento per effetto del mandato.

Ad avviso della Corte, il mandato costituisce, rispetto al successivo trasferimento (dal mandatario al mandante), ragione giustificativa e titolo dell’effetto traslativo. Il trasferimento che il mandatario farà al mandante, del bene acquistato per conto di quest’ultimo, avrà la sua ragione giustificatrice nel precedente accordo con cui il mandatario si era obbligato ad acquistare e poi trasferire. Si ritiene pertanto di poter affermare che la Corte di cassazione aderisce così alla tesi secondo cui l’atto di (ri)trasferimento dal mandatario al mandante abbia natura solutoria¹⁸⁰.

Pertanto, la Corte rileva come in conseguenza della non necessità della forma scritta per il mandato, sia validamente configurabile un atto ricognitivo di quel mandato (al quale la Corte attribuisce natura confessoria¹⁸¹), il quale non ha ad oggetto un atto nullo - per difetto di forma - ma ha la funzione di accertare l’esistenza e il contenuto di quel mandato (pienamente valido). Ad avviso della Corte, infatti, la “confessione” contenuta nel

¹⁸⁰ Per un’analisi approfondita sulla natura giuridica dell’atto di (ri)trasferimento in esecuzione dell’obbligo da mandato si veda in dottrina: F. ALCARO, *Il mandato*, Milano, 2000, pp.156 ss., per cui «Tale atto di ritrasferimento si configura come satisfattivo dell’obbligazione assunta con il mandato e divenuta attuale solo nel momento in cui il negozio gestorio ha prodotto i propri effetti a favore del mandatario. Pertanto, in ragione di tale fisionomia, il ritrasferimento si configura come un contratto solutorio, il quale si caratterizza per la funzione di adempiere un vincolo preesistente costituito con un precedente contratto. La prestazione traslativa in quanto attuativa di un’obbligazione esterna deve, infatti, essere valutata non come atto isolato ma nell’ambito della programmazione negoziale in cui la detta obbligazione ha fonte, e in relazione ad essa si qualifica come atto dovuto». In giurisprudenza, si veda Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459, per cui nell’atto di trasferimento del fiduciario - analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza - 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 (o nel mandato) e nell’obbligazione di dare che da esso origina.

¹⁸¹ Si veda quanto infra esposto circa la qualificazione data da Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459.

successivo atto ben può validamente costituire prova di un contratto stipulato validamente, anche se privo di forma scritta.

Quello condiviso dalla Corte di cassazione con l'ordinanza sin qui esposta è il recente orientamento che si è affermato a partire dalla sentenza Cass. Civ. n. 20051/2013, alla cui motivazione - a cui rinvia la Cassazione - giova fare riferimento per delineare la tematica della forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare (o alienare) beni immobili¹⁸².

La citata pronuncia si basa sull'argomento per cui le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto¹⁸³, sottese all'imposizione della forma scritta quale relativo requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono in realtà con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, che non costituisce fonte di alcun atto di dismissione di un diritto di proprietà o altro diritto reale su bene immobile in capo al mandante ma determina l'insorgenza di un mero diritto del medesimo al compimento dell'attività gestoria da parte del mandatario.

Si sostiene, infatti, che l'onere di forma non può ritenersi necessario per il mandato, in quanto questo costituisce la fonte del rapporto "interno" di gestione tra mandante e mandatario, con esplicazione dei relativi meri effetti obbligatori tra le parti.

La forma scritta sarebbe pertanto richiesta - a pena di nullità, ex art. 1350 comma 1, n. 1, c.c. - esclusivamente in riferimento all'atto di acquisto del diritto reale da parte del mandatario in nome proprio, e, successivamente, per l'atto di trasferimento che il

¹⁸² Pur non rilevando ai fini della presente trattazione, si tenga in considerazione che è ancora aperta la questione relativa all'ammissibilità o meno del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili o mobili registrati, in particolare in ragione dell'assenza di una disciplina specifica dell'incarico in nome proprio ad alienare (prevista invece ex art. 1706, comma 2, c.c. per il mandato ad acquistare) e alle problematiche collegate al sistema di pubblicità. Sul tema si veda G. Di Rosa, op. cit., 76 ss.; R. CALVO, op. cit., 173 ss.; G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice civile*, XIII ed., Milano, 2018, p. 1857; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F VASSALLI, vol. VIII, tomo I, Torino, 1957, pp.117 ss.; A. LUMINOSO, op. cit., 241 ss. In giurisprudenza, nel senso dell'inammissibilità, si veda Cass. Civ. 27 maggio 2003, n. 8393 per cui «Il mandato ad alienare senza rappresentanza non è ammissibile, in modo particolare per i beni immobili e mobili registrati. Ne consegue che la vendita, in caso di mancata spendita del nome del mandante, non comporta altro effetto che quello di obbligare il mandatario a procurare all'acquirente la intestazione del bene».

¹⁸³ Per un'attenta analisi del fondamento del requisito della forma scritta del contratto preliminare nell'esigenza di garantire una più riflessiva formulazione della volontà delle parti nei negozi più importanti, si veda G. MINERVINI, op. cit., 33 ss., il quale autore però - in senso opposto rispetto alla Cass. Civ. n. 20051/2013 - utilizzò tale argomento al fine di dimostrare la necessità della forma scritta anche per il contratto di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili, «poiché in forza di un tale mandato, il mandante si obbliga nei confronti del mandatario a riceverne gli effetti del contratto solenne che quest'ultimo va a compiere, esponendosi a sopportare quel risultato economico, che il legislatore vuole sia perseguito solo dopo matura ponderazione da promuoversi mediante assoggettamento all'onere di una forma determinata».

mandatario è obbligato a porre in essere in esecuzione del rapporto di gestione al fine di realizzare l'effetto reale immobiliare in capo al mandante.

Dopo aver affermato la validità del contratto di mandato redatto in forma orale, la Corte ha sostenuto che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. possa fondarsi anche su un atto ricognitivo unilaterale d'impegno redatto successivamente all'acquisto da parte del mandatario del diritto reale sul bene da trasferire al mandante. Atto ricognitivo unilaterale al quale la Corte ha attribuito valore di autonoma fonte dell'obbligazione¹⁸⁴. Diversamente, la Corte di cassazione, con l'ordinanza in commento, non ha attribuito alla dichiarazione ricognitiva unilaterale valore di fonte dell'obbligazione ma, come visto, ha ritenuto di attribuirle qualifica di confessione, assegnandole rilevanza ai fini della prova dell'esistenza e del contenuto del contratto di mandato.

Fondamentale è il riferimento al principio generale di libertà delle forme, su cui la Corte si basa al fine di sconfessare il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁸⁵, il quale basava la necessità della forma scritta del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili sulla sostanziale equiparazione tra mandato e contratto preliminare - con conseguente applicazione analogica dell'art. 1351 c.c. - in ragione dell'applicabilità anche al mandato del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c., ai sensi dell'art. 1706, comma 2, c.c.. Trattasi, infatti, la previsione di cui all'art. 1351 c.c., di ipotesi eccezionale, in deroga al principio generale di libertà delle forme, come tale ex art. 14 preleggi insuscettibile di applicazione analogica ed altresì di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare, nonché tra mandato con rappresentanza e mandato senza rappresentanza.

¹⁸⁴ Si tratta di questione dibattuta, su cui si rinvia alle osservazioni formulate da Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459, la quale - in senso opposto rispetto a Cass. Civ. n. 20051/2013 - esclude che da tale dichiarazione possa dipendere la nascita dell'obbligo di trasferire, in quanto già esistente in base al contratto stipulato oralmente.

¹⁸⁵ Si veda, tra le pronunce che hanno sostenuto la tesi formalistica sulla base di un'equiparazione tra contratto di mandato e contratto preliminare e procura, Cass. Civ. 24 dicembre 1994, n. 11158 la quale, nell'affermare che il mandato, con o senza rappresentanza, per concludere un negozio per il quale sia richiesto *ad substantiam* l'atto scritto, deve essere rilasciato per iscritto a pena di nullità, motiva nel senso che «trattasi in sostanza dell'applicazione di una regola comune (necessità dell'atto scritto per le convenzioni relative ad immobili) che si trae da molteplici disposizioni (artt. 1351, 1392, 1403 c.c.) per cui, sussistendo l'*eadem ratio* il rigore della forma si impone anche nella rappresentanza indiretta, pur in mancanza di una norma espressa». Come si riporta nella motivazione della sentenza Cass. Civ. n. 20051/2013, tale orientamento è riconducibile a una risalente pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., SS.UU., 19 ottobre 1954, n. 3861).

Pertanto, la più recente giurisprudenza è orientata nel senso della non necessità della forma scritta del mandato ad acquistare (o alienare) beni immobili in quanto trattasi di atto meramente obbligatorio e non applicandosi a tale categoria di atti - salvo che sia espressamente previsto dal legislatore, come nel caso del contratto preliminare ex art. 1351 c.c. - il rigido formalismo prescritto dal combinato disposto degli artt. 1351 e 1350, comma 1, n. 1, c.c., stante la tassatività delle prescrizioni di forma.

Il mandato, del resto, è un contratto a forma libera. Le problematiche relative alla forma del mandato - che impegnarono dottrina e giurisprudenza già prima dell'entrata in vigore del codice civile vigente - si pongono nel momento in cui il mandato abbia ad oggetto beni immobili.

Si è già avuto modo di rilevare come la giurisprudenza unanime - anteriormente alla sentenza Cass. Civ. n. 20051/2013 della Cassazione - sostenesse il principio in base al quale il contratto di mandato con o senza rappresentanza ad acquistare (o alienare) beni immobili richiedesse la forma scritta *ad substantiam*, in ragione di un'applicazione analogica ed estensiva delle norme che prevedono particolari oneri di forma ogni qualvolta ricorra la medesima ratio¹⁸⁶.

Una prima apertura si è avuta, a dire il vero, già con la sentenza Cass. Civ. 10 novembre 2000, n. 14637¹⁸⁷, con cui la Corte, trattando di un caso in tema di forma del mandato con

¹⁸⁶ Tra le tante, si veda Cass. Civ. 24 gennaio 2003, n. 1137 «Il mandato, con o senza rappresentanza, così ad acquistare come a vendere beni immobili, richiede la forma scritta *ad substantiam*; e tale forma è necessaria anche nel caso della ratifica dell'operato di colui che abbia agito come mandatario a vendere o ad acquistare beni immobili in assenza di mandato»; Cass. Civ. 9 luglio 2001, n. 9289 «Il mandato senza rappresentanza avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili richiede la forma scritta *ad substantiam*, la cui assenza rende nullo il negozio, impedendo che si costituisca il rapporto giuridico e che, conseguentemente, sorgano legittimamente obbligazioni tra le parti»; Cass. Civ. 30 gennaio 1985, n. 560 «Il mandato, con o senza rappresentanza, per il compimento di un atto per il quale sia richiesta la forma scritta 'ad substantiam', quale l'acquisto o la vendita di immobili, resta a sua volta soggetto a tale forma, a pena di nullità, e, pertanto, ai sensi dell'art. 2739 cod. civ., non può essere oggetto di giuramento».

¹⁸⁷ Cass. Civ., Sez. III, 10 novembre 2000, n. 14637, in *LaTribunaPlus*, per cui «Procura e contratto di mandato senza rappresentanza producono effetti negoziali diversi: la prima conferisce ad un soggetto il potere di agire nel nome e in vece del rappresentante; il secondo obbliga il mandatario al compimento di attività giuridiche nell'interesse del mandante, senza spendere il suo nome. Poiché però entrambi i negozi assolvono il ruolo di manifestazione della volontà, rispettivamente del rappresentato, o del mandante, di ottenere il compimento dell'attività da parte del rappresentante o del mandatario, condizione di validità dell'uno e dell'altro è che tale manifestazione abbia la medesima forma prescritta perché l'attività che può, o deve, esser compiuta possa produrre gli effetti voluti». La Corte condivide la tesi formalistica secondo cui il mandato senza rappresentanza, sia ad acquistare che ad alienare beni immobili, richiede la forma scritta. La novità si ha, invece, nell'affermazione per cui - una volta rilevata la distinzione tra procura e mandato - qualora il mandante conferisca la rappresentanza al mandatario, la forma per la validità del contratto di mandato è libera, con conseguente costituzione dei rispettivi diritti e obblighi, mentre per la forma necessaria alla validità della procura si applica la relativa disciplina. Si legge, infatti, nella

rappresentanza a disporre di beni immobili, argomentando sulla distinzione tra procura e mandato, ha escluso la necessità della forma scritta del contratto di mandato qualora sia stata conferita procura in forma scritta.

A fronte di una pressoché uniformità di tendenza in giurisprudenza - prima che vi fosse il cambio di orientamento - diverse sono state, invece, le soluzioni proposte dalla dottrina in tema di forma del mandato senza rappresentanza con oggetto immobiliare. È possibile distinguere due filoni principali, il primo che segue la posizione formalistica della giurisprudenza e il secondo che, al contrario, sostiene una tesi liberale sulla base del noto principio di libertà delle forme.

Anche tra coloro che hanno sostenuto la tesi formalistica, invero, varie sono state le argomentazioni formulate.

Vi è chi, aderendo alle conclusioni giurisprudenziali, ha ricondotto la necessità della forma scritta all'assimilazione del contratto di mandato alla procura e al contratto preliminare. Tra i sostenitori di tale tesi è poi possibile distinguere tra coloro che ritengono applicabile analogicamente l'art. 1351 c.c. e coloro che, invece, sostengono che sarebbe possibile esclusivamente un'interpretazione estensiva di tale norma, non essendo possibile ricorrere all'analogia stante il disposto dell'art. 14 delle preleggi.

Parte della dottrina¹⁸⁸, al fine di superare i limiti delle argomentazioni delle diverse tesi formalistiche, ha sostenuto che il rigido formalismo sarebbe riconducibile ad una interpretazione estensiva dei nn. 1 e 12 dell'art. 1350 c.c., la quale porti a leggersi che la forma scritta è richiesta per i contratti che abbiano per oggetto immediato o mediato beni immobili.

Per coloro che ritengono necessario un atto scritto bilaterale, la successiva dichiarazione unilaterale con cui il mandatario abbia riconosciuto la sussistenza dell'obbligo da mandato non sarebbe sufficiente a fondare la pretesa del mandante ad

motivazione della sentenza, che «la regolamentazione dei rapporti nascenti dal mandato non necessita di forma scritta, perché la base della disciplina della vicenda traslativa sta nella procura». Sul punto si veda la conferma espressa con le sentenze di Cass. Civ. 30 maggio 2006, n. 12848, per cui si rinvia alla nt. 6, e Cass. Civ. 24 gennaio 2012, n. 1007.

In dottrina, nello stesso senso: G. Minervini, *op. cit.*, 36-37; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 370. In senso critico V. MARICONDA, *op. cit.*, 1512, il quale rileva come non si comprenda la ragione per cui, in caso di conferimento della procura scritta affinché il mandatario agisca per conto e in nome del mandante (rappresentato), si potrebbe fare a meno del requisito della forma scritta per il mandato, siccome il fondamento del requisito della forma scritta per i mandati in materia immobiliare si individua nell'obbligo a contrarre che nasce per il mandatario.

¹⁸⁸ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale - Le obbligazioni e i contratti, tomo primo*, Padova, 1993, p. 213.

ottenere il trasferimento del bene, in quanto si tratterebbe di un atto ricognitivo invalido in quanto avente ad oggetto un contratto nullo per difetto di forma.

Dal lato opposto, invece, la dottrina che sembra prevalere¹⁸⁹, e che pertanto oggi risulta allineata con la giurisprudenza più recente e preferibile, ha sostenuto la tesi secondo cui il mandato ad acquistare immobili sarebbe un contratto a forma libera in quanto - mancando una norma di legge che richieda per il mandato senza rappresentanza una forma solenne e non potendosi applicare analogicamente le norme eccezionali di cui agli artt. 1351 e 1392 c.c. - a tale contratto sarebbe applicabile la regola generale della libertà delle forme, sancita dall'art. 1325, comma 1, n. 4, c.c.. Tra i sostenitori di tale tesi, vi è chi ha giustificato tale posizione sull'inidoneità del contratto gestorio a generare alcuna modifica della relazione giuridica di appartenenza o titolarità¹⁹⁰ e pertanto evidenziando la mera efficacia obbligatoria del mandato.

Il fondamento normativo del principio di libertà di forma risiede nel combinato disposto degli artt. 1325, n. 4 (il quale prevede la forma quale requisito del contratto solo quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità) e 1350 (che contiene l'elencazione degli atti per cui è richiesta ad substantiam la forma scritta) c.c., norme dalle quali emerge che il nostro sistema giuridico richiede la necessità della forma scritta solo per determinate categorie di atti che sono stati valutati più rilevanti dal legislatore, in particolare al fine di una maggior certezza del diritto e garanzia di una più attenta determinazione e valutazione da parte dei contraenti. La libertà di forma costituisce la regola mentre le prescrizioni di forma costituiscono l'eccezione.

In conclusione, si ritiene di poter rilevare che dall'adesione a tale principio deriva necessariamente l'esclusione di un qualunque rigido formalismo per il mandato senza rappresentanza - ancorché abbia oggetto immobiliare - in quanto se il legislatore avesse voluto prevedere un requisito di forma, nella consapevolezza degli effetti di tale contratto e delle possibili conseguenze e implicazioni, lo avrebbe fatto espressamente.

Nel trattare il tema della forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili non sembra possibile prescindere dal fare riferimento alla sentenza Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6459.

¹⁸⁹ Tra gli altri, si vedano R. CALVO, op. cit., 126 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Forma del mandato senza rappresentanza*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, p. 79; M. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, p. 411 ss.; F. BILE, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1961, 46 ss.

¹⁹⁰ R. CALVO, op. cit., 133 ss.

Venendo al punto più rilevante ai fini del commento dell'ordinanza, le Sezioni Unite - in contrapposizione con l'orientamento tradizionale – hanno statuito che le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il *pactum fiduciae* escludono la possibilità di equiparare le due figure ai fini di un eguale trattamento del regime formale e che, invece, il *pactum fiduciae* sia assimilabile al mandato senza rappresentanza¹⁹¹.

La Corte, pertanto, ha confermato che 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, ossia un contratto strutturato dal legislatore sui tre requisiti dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma.

Come sopra anticipato, la Corte precisa che l'accordo concluso verbalmente è fonte dell'obbligo di trasferimento anche nel caso in cui l'oggetto abbia natura immobiliare, e che 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*).

In riferimento, poi, al collegamento tra la natura immobiliare del bene acquistato dal fiduciario e l'esecuzione specifica dell'obbligo di trasferimento rimasto inadempito, la Corte ha 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 ove l'obbligo di concludere un contratto riguardi cose mobili e si trovi pertanto contenuto in un contratto non formale.

La Corte fa un passo ulteriore rispetto ai precedenti giurisprudenziali¹⁹² che ammettevano l'esecuzione in forma specifica legittimandola sulla base di una

¹⁹¹ La Corte, a sostegno dell'assimilazione fatta, richiama la sentenza Cass. Civ. 20 maggio 1976, n. 1798, la quale afferma che «il mandato senza rappresentanza, 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 fiduciante di trasferire o ritrasferire al fiduciario un diritto, ma si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire, senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, da solo e per intero quel determinato intento». In termini analoghi si veda Cass. Civ. 23 giugno 1998, n. 6246, la quale, in tema di intestazione fiduciaria di azioni, afferma che qualunque sia il tipo di fiducia realizzata, di tipo romanistico o di tipo germanico, il fiduciario è comunque un mandatario senza rappresentanza del fiduciante, che agisce, nell'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione societaria, in nome proprio ma per conto del fiduciante.

¹⁹² Cass. Civ. 15 maggio 2014, n. 10633, per cui si rinvia alla nt. 26. Le Sezioni Unite, legittimando l'azione per l'esecuzione in forma specifica sul contratto verbale, chiariscono anche il dubbio lasciato dalla sentenza Cass. Civ. n. 20051/2013, in quanto con la stessa la Corte - dopo aver riconosciuto piena validità al mandato senza rappresentanza concluso oralmente - legittimò l'azione ex art. 2932 c.c. sulla base della dichiarazione unilaterale dell'obligato, riconoscendo a tale dichiarazione qualifica di fonte del diritto all'azione, senza però prendere posizione circa l'ammissibilità o meno dell'azione in assenza di una tale ricognizione e quindi esclusivamente in base al contratto stipulato oralmente.

dichiarazione unilaterale con cui veniva riconosciuta l'obbligazione di trasferire. Infatti, si ammette - fermi i problemi di prova - che l'azione ex art. 2932 c.c. si fonda direttamente sul contratto di mandato (o sul patto fiduciario) stipulato oralmente, essendo tale stipulazione la fonte dell'obbligazione. Viene così affermato il principio per cui «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».

Come noto, la Corte si è soffermata sulla funzione e sulla natura della dichiarazione scritta unilaterale con cui il fiduciario (o mandatario) riconosce la propria obbligazione e si impegna a trasferire quanto acquistato in nome proprio. Tale dichiarazione è funzionale al superamento della difficoltà per il contraente insoddisfatto (mandante o fiduciante) di dimostrare in giudizio la stipulazione (orale) dell'accordo e così ottenere la sentenza costitutiva. Infatti, come rilevato dalla Corte che, fermo restando il principio in base al quale l'obbligazione deve ritenersi sorta con la stipulazione verbale, la dichiarazione ricognitiva e promissiva del trasferimento è un atto unilaterale riconducibile alla figura della promessa di pagamento, ai sensi dell'art. 1988 c.c.¹⁹³, e pertanto la stessa ha la funzione di dispensare colui a favore del quale è fatta (mandante o fiduciante) dall'onere di provare il rapporto fondamentale. Pertanto, in ragione della qualificazione data dalla Corte, l'esistenza del contratto di mandato senza rappresentanza (o del patto fiduciario) si presume fino a prova contraria; prova contraria che dovrà essere eventualmente fornita dal mandatario (o dal fiduciario), su cui grava appunto l'onere di fornire ogni elemento volto ad escludere l'esistenza, la validità o l'efficacia del contratto, o a farne emergere il contenuto e i limiti ove difformi da quanto promesso o riconosciuto.

¹⁹³ La Corte si allinea ai principi affermati da Cass. Civ. 13 ottobre 2016, n. 20689, secondo cui «la ricognizione di debito 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». Particolarmente interessante è l'ordinanza Cass. Civ. 26 novembre 2020, n. 26988, con cui la Corte - confermando i principi enunciati dalle Sezioni Unite - ha affermato il principio per cui «la dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile, può essere contenuta anche in un testamento; essa non costituisce autonoma forma di obbligazione, avendo solo effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, 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».

Infine, come sopra precisato, le Sezioni Unite, dopo aver assegnato alla dichiarazione ricognitiva natura di promessa di pagamento, hanno espressamente escluso la natura confessoria evidenziando i caratteri distintivi dei due istituti¹⁹⁴.

A fronte delle considerazioni sopra svolte e delle determinazioni delle Sezioni Unite, giova aggiungere che la stessa Corte di cassazione con l'ordinanza in commento, avendo qualificato l'atto ricognitivo unilaterale del mandato verbale quale confessione, ha assegnato a tale dichiarazione una diversa natura rispetto a quella attribuita dalle Sezioni Unite.

Infatti, valutando le conclusioni a cui sono giunte le Sezioni Unite, con l'ordinanza in commento non si è attribuito valore di ricognizione di debito all'atto ricognitivo unilaterale con cui il mandatario ha riconosciuto l'obbligo da mandato, con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 1988 c.c. Pertanto, ci si chiede se la diversa qualificazione sia riconducibile ad un diverso portato delle dichiarazioni, contenenti in un caso una promessa di pagamento e nell'altro una vera e propria confessione.

Resta fermo che, nonostante la qualificazione quale confessione, anche nel caso oggetto dell'ordinanza in commento, la dichiarazione unilaterale viene qualificata come strumento utile al fine di provare l'esistenza e il contenuto del contratto stipulato in forma orale e non, invece, come si rileva in Cass. Civ. n. 20051/2013, quale fonte dell'obbligazione da mandato.

Indipendentemente da tale ultimo rilievo, alla luce della chiara presa di posizione della Cassazione a Sezioni Unite e dei principi enunciati, i quali valgono - oltre che in relazione al dibattuto tema della forma del patto fiduciario - anche in riferimento alla forma del mandato senza rappresentanza con oggetto immobiliare, risulta particolarmente interessante che la Corte, con l'ordinanza in commento, non abbia fatto alcun minimo cenno alla sentenza delle Sezioni Unite.

In conclusione, alla luce del consolidatosi orientamento giurisprudenziale, è oggi possibile affermare la piena validità e vincolatività del contratto di mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto di beni immobili stipulato verbalmente.

Nonostante ciò, e non ritenendo di contestare l'approdo al quale è giunta la giurisprudenza, pare sconsigliabile tale soluzione nella fase genetica del rapporto, in

¹⁹⁴ Cass. 17 giugno 2022, n. 19558.

quanto potrebbe lasciare insoddisfatto il mandante, avente diritto al trasferimento del bene, che si troverebbe a dover provare l'esistenza e il contenuto del contratto.

Analizzando la prassi e la casistica portata all'attenzione della giurisprudenza, è inevitabile rilevare come la stipulazione in forma verbale sia riconducibile al particolare rapporto affettivo e di fiducia esistente (al momento della stipulazione) tra mandante e mandatario. Come l'esperienza insegna, tale rapporto può venire meno e con esso, probabilmente, anche la speranza che il mandatario ottemperi alla propria obbligazione.

Del resto, dovrebbe essere interesse di entrambe le parti quello di fare risultare documentalmente l'esistenza, il contenuto e i limiti del mandato. Invero, la casistica esaminata mostra che spesso la stipulazione orale viene seguita da una dichiarazione unilaterale scritta di impegno al trasferimento da parte dell'obbligato.

5. Profili processuali

Gli approdi ermeneutici cui è giunta da ultimo la Suprema Corte hanno inevitabilmente ricadute sul piano processuale in particolare per quanto riguarda la prova e la validità degli atti.

La soluzione circa l'ammissibilità dell'accordo concluso verbalmente quand'anche abbia ad oggetto diritti immobiliari consente di ricorrere a un regime probatorio agevolato, in precedenza non riconosciuto al fiduciante che agisse in giudizio per l'esecuzione dell'obbligo di ri-trasferimento gravante sul fiduciario.

Al fine di comprendere la portata dirompente della decisione, appare opportuno delineare il quadro dei poteri e delle tutele accordate al fiduciante sulla base della tesi prevalente che postulava come requisito essenziale ai fini della validità dell'atto la forma scritta del patto fiduciario.

Come analizzato, il precedente orientamento maggioritario muovendo dalla premessa secondo cui il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare è assimilabile - quanto a struttura ed effetti - al contratto preliminare, concludeva sulla base di un'interpretazione analogica per l'invalidità del patto non concluso nel rispetto del requisito di forma imposto dal combinato disposto degli artt. 1350 e 1351 c.c.¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, n. 23093 ha stabilito che «se il *pactum fiduciae* riguarda beni immobili, occorre che esso risulti da un atto in forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. impone la stessa forma del contratto definitivo» (Cass. 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, secondo cui la mancanza

Pertanto, se con riferimento al preliminare il requisito di forma di cui ai suddetti articoli risponde a esigenze di certezza dei traffici giuridici e di responsabilizzazione del consenso, allora *mutatis mutandis* le stesse regole valgono anche per il negozio fiduciario¹⁹⁶.

Dello stesso avviso appare parte della giurisprudenza che afferma la necessità della formalità del *pactum fiduciae* e l'inidoneità della dichiarazione confessoria unilaterale postuma del fiduciante a supplire il difetto di forma, non potendo tale dichiarazione essere utilizzata né come elemento integrante il contratto, né come prova dello stesso contratto¹⁹⁷.

Sul piano processuale, infatti, la prova dell'esistenza dell'accordo fiduciario e, indi, di una compravendita interessata da un'interposizione reale di persona, grava sul fiduciante tenuto a fornire un documento di formazione bilaterale, munito della forma *ad substantiam*, stante i limiti degli artt. 2724 e 2725 c.c. che non consentono di ricorrere alla prova testimoniale, alla confessione, al giuramento, alle presunzioni né all'interrogatorio formale dell'interposto.

Inoltre, stante il collegamento tra art. 1351 c.c. e l'art. 2932 c.c., ai fini della proposizione di una domanda di esecuzione in forma specifica è necessario che il titolo

dell'atto scritto non può essere surrogata neppure da una dichiarazione confessoria dell'altra parte; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024) e per tale motivo 'l'esistenza del patto scritto non può semplicemente desumersi da altri documenti scritti che, sia pure implicitamente, ne lasciano solo presumere l'esistenza (art. 2729 c.c., comma 2 e art. 2725 c.c., comma 2); (così Cass. 1 aprile 2018, n. 9010)». *Ex multis*, v. anche Cass., Sez. II, 9 dicembre 2019, n. 32108; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2019, n. 31570; Cass., Sez. I, 11 aprile 2018, n. 9010; Cass., Sez. II, 25 maggio 2017, n. 13216; Cass., Sez. I, 26 maggio 2014, n. 11757; Cass., Sez. II, 9 maggio 2011, n. 10163; Cass., Sez. II, 7 aprile 2011, n. 8001, in Riv. not. 2011, 6, 1429 ss.; Cass., Sez. II, 13 ottobre 2004, n. 20198, con nota di Valentini, cit., 437 ss.; Cass., Sez. II, 13 aprile 2001, n. 5565; Cass., Sez. II, 19 luglio 2000, n. 9489; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1995, n. 10768; Cass., Sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024; Cass., Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663; App. Roma, Sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 327. In dottrina C. BRUNELLI, *Negozi fiduciari e imposte indirette*, cit., 907.

¹⁹⁶ Si considera naturalmente quel segmento dell'operazione fiduciaria complessiva in cui si è previsto l'obbligo di contrarre il successivo trasferimento al fiduciante, non già alle altre pattuizioni eventualmente previste (es., obbligo di gestire). In giur. Cass., 18.10.1988, n. 5663, in *Giust. civ.*, 1989, I, 968, con nota di M. COSTANZA, *Oneri formali e probatori per il negozio fiduciario*; Cass. 6024/1993, cit.; Cass. 19 luglio 2000, n. 9489; Cass. 13 ottobre 2004, n. 20198; Cass. 7 aprile 2011, n. 8001; Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, secondo cui la mancanza dell'atto scritto non può essere surrogata neppure da una dichiarazione confessoria dell'altra parte; Cass. 26 maggio 2014, n. 11757; Cass. 25 maggio 2017, n. 13216; Cass. 17 settembre 2019, n. 23093; Cass. civ. [ord.], sez. I, 11-04-2018, n. 9010. Diversamente A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 596 ss.,

¹⁹⁷ Cass. 18 ottobre 1988 n.5663; Cass. 29 maggio 1993 n.6024; Cass. 19 luglio 2000 n.9489; Cass.13 ottobre 2004 n.20198; Cass. 7 aprile 2011 n.8001; Cass. 26 maggio2014 n.11757; Cass. 25 maggio 2017 n.13216; Cass. 11 aprile 2018 n.9010; Cass. 17 settembre 2019 n.23093.

sia costituito da un atto di natura negoziale con struttura bilaterale e dispositiva con la conseguenza che non è sufficiente la dichiarazione unilaterale del fiduciario, giacché la ricognizione, ancorché scritta non vale a sanare l'invalidità di un atto *ab origine* priva del requisito di forma richiesto *ad substantiam*¹⁹⁸.

Pertanto, il fiduciante, in conformità con i dettami di carattere generale in tema di onere probatorio sanciti dall'art. 2697 c.c., deve allegare in giudizio il *pactum fiduciae* scritto al fine di ottenere, oltre al risarcimento del danno, la pronuncia della sentenza di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Tuttavia, tale orientamento è stato mitigato da alcune pronunce della Cassazione¹⁹⁹ che hanno fatto applicazione del principio dell'equivalenza tra la produzione in giudizio del contratto e la sottoscrizione di esso ad opera di chi produce la scrittura.

In altri termini, l'adesione al contratto può dirsi realizzata quando la produzione intervenga in un giudizio proposto nei confronti delle altre parti del contratto che lo hanno sottoscritto. In riferimento ai contratti per i quali è richiesto il requisito di forma ai fini della validità, la produzione in giudizio di una scrittura privata da parte di chi non l'ha sottoscritta costituisce equipollente della mancata della mancata sottoscrizione contestuale e, pertanto, perfezione *ex nunc* del contratto in essa contenuto, sempre che la controparte processuale sia la stessa che aveva già sottoscritto tale scrittura e sia presente al momento della produzione, non producendosi altrimenti il necessario incontro delle volontà negoziali²⁰⁰.

Orbene, oggi alla luce della pronuncia di legittimità tali conclusioni non sono più valide.

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

¹⁹⁸ È principio pacifico in giur. che non si possa effettuare un atto ricognitivo di accertamento della proprietà quando sia richiesta la forma *ad substantiam*: V. Cass. Sez. Un., 31 marzo 1971, n. 936, in Giur. it., 1972, I, c. 596 ss.; v. anche Cass., Sez. Un. 6 aprile 1971, n. 1917, in Giur. it., 1972, I, 381.

¹⁹⁹ Cass. Sez. II, 1 aprile 2003 n. 4886 che in motivazione ha osservato che: «quanto, poi, all'unilateralità della dichiarazione resa dal fiduciario è ben vero che essa contrasta con la necessaria bilateralità del negozio fiduciario ma poiché ad avvalersene in giudizio è il contraente del quale manca la sottoscrizione, deve farsi applicazione del noto principio giurisprudenziale secondo cui, quando la parte che non abbia sottoscritto l'atto a forma vincolata lo produca in giudizio, invocandone a proprio favore gli effetti e dando così la prova della propria adesione, se l'altra parte non abbia intanto revocato il proprio consenso prima manifestato, il requisito della necessaria consensualità deve ritenersi validamente esistente». In senso conforme, Cass. Sez. III, 5 agosto 2005 n.16490; Cass. Sez. III, 8 marzo 2006 n.4921.

²⁰⁰ Così, Cass. Sez. II, 22 gennaio 2018 n.1525.

“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 ri-trasferimento gravante sul fiduciante”²⁰¹.

Da un punto di vista processuale, la circostanza che il patto fiduciario sia concluso verbalmente anche quando abbia ad oggetto beni immobili comporta che in sede giurisdizionale la prova della promessa fiduciaria sia data anche attraverso prove testimoniali nonché ricorrendo a presunzioni²⁰².

In tale senso, il fiduciante ai fini dell’ottenimento di una sentenza a favorevole potrà avvalersi di una prova precostituita che può consistere in una dichiarazione postuma scritta del fiduciario in cui questi riconosca l’esistenza della promessa fiduciaria.

I termini della questione, dunque, nell’ambito dei rapporti fiduciari si spostano sul valore da riconoscere a tale dichiarazione: valore ricognitivo ovvero costitutivo della stessa obbligazione del fiduciario.

A tal fine, appare opportuno precisare che nel panorama giuridico le dichiarazioni possono presentare un diverso valore. Ad esempio, nel caso in cui il fiduciario abbia acquistato il bene da un terzo si configura la presa d’atto della ricezione della provvista dal fiduciante e l’impegno a ritrasferire a questi o a un terzo da lui designato il bene acquistato²⁰³.

Oppure, nel caso in cui il fiduciario abbia acquistato il bene dal fiduciante con un atto simulato nella causa, tali dichiarazioni rappresentano una controdeclarazione, ossia elemento per far emergere la reale natura dell’attribuzione²⁰⁴.

²⁰¹ Cass. SS.UU. sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020.

²⁰² V. OCCORSIO, Studio n 5-2020 Circolazione fiduciaria di beni, p.32 ss consultabile all’indirizzo: <https://notariato.it/>. Per approfondimenti si veda anche nota di A. TORRONI – F. GASPARINETTI, *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in Riv. del notariato, anno LXXIV Fasc. 5-2020, Ed, Giuffrè Lefebvre.

²⁰³ Per una rassegna in materia si veda U. CARNEVALI, *Intestazioni fiduciarie*, p.458 ss; C.A. GRAZIANI, *Ricognizioni* (atti di), in Enc. Dir. Milano 1989, XV, p.509 ss; C. GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva dei diritti reali*, Milano 1983 p.50 ss.; E. LA ROSA, *Riconoscimento dei diritti*, in Enc. Dir., Milano XL, Milano, 1984 p. 584ss.

²⁰⁴ A. GENTILI, *Senso e Consenso. Storia teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti.*, Torino, 2015, p.455ss.

Nell'ipotesi del negozio fiduciario, invece, l'effetto giuridico che si riconnette alla dichiarazione unilaterale postuma del fiduciante non è di costituzione di un diritto reale in capo al fiduciante, bensì ricognitivo dell'esistenza di una promessa fiduciaria²⁰⁵.

Ne consegue che non viene in rilievo un problema di ammissibilità del negozio di accertamento di un diritto reale, né quello dell'efficacia traslativa delle dichiarazioni di riconoscimento, dovendosi riconoscere a siffatta dichiarazione l'effetto tipico di riconoscimento di un rapporto obbligatorio preesistente²⁰⁶.

D'altro canto, come hanno affermato le Sezioni Unite il titolo idoneo a fondare l'azione esecutiva in forma specifica ex art. 2932 c.c. è il *pactum fiduciae*, ancorché concluso oralmente, la cui validità è presunta fino a prova contraria.

Di conseguenza, la dichiarazione unilaterale non concorre a fondare la domanda giudiziale ma vale come prova dell'esistenza dell'accordo (*pactum fiduciae*) con cui il fiduciario si impegna a ri-trasferire al fiduciante o ad un terzo da lui designato il bene immobile.

Diversamente, l'onore probatorio a carico del fiduciante risulterebbe eccessivamente gravoso.

A tale stregua, dunque, la dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria assume un valore assimilabile all'istituto della promessa di pagamento ai sensi dell'art. 1988 c.c. che dispensa colui a favore del quale è fatta la ricognizione del debito dell'onere di provare il rapporto fondamentale²⁰⁷.

²⁰⁵ C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, spec. p. 272 ss.; G. FERRI, *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, in Tratt. dir. civ. dir. da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, IV, Milano, 1972, p. 22 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Accertamento*, in Enc. Giur. Treccani, I, Roma, 1988, p. 1 s. Sul negozio di accertamento, e sulla concezione dell'accertamento negoziale, v. tra gli autori più recenti L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, spec. p. 24 ss.; e M. ONORATO, *L'accordo di interpretazione*, cit., p. 38 ss., che riprende la teoria sulla natura non negoziale dell'accertamento. Sul negozio di accertamento si veda altresì L. RUGGERI ed E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, ESI, 2016.

²⁰⁶ Non si tratterebbe di un atto di riconoscimento di un diritto reale, la cui ammissibilità nel testamento è stata discussa. La possibilità di eseguire all'interno del testamento una dichiarazione ricognitiva di diritti reali – che non risulta disciplinata dal legislatore – dev'essere analizzata muovendo dalla norma che prevede invece che nel testamento possa esservi una dichiarazione confessoria, la quale tuttavia viene «liberamente apprezzata dal giudice» (art. 2735 c.c.), e non ha quindi il valore di piena prova contro il proferente che gode invece la confessione stragiudiziale resa con dichiarazione unilaterale recettizia («alla parte o a chi la rappresenta»: art. 2735, primo comma, primo periodo, c.c.). Questa la posizione espressa anche dalla giur. più risalente: e cfr. Cass. 11 agosto 1948, in La Corte di Cassazione, 1948, 25, p. 850 s. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, nota a Cass., 17 aprile 1950, in *Giur. compl. Cass.*, 1951, p. 31 ss., a p.

²⁰⁷ Si vedano Cass., Sez. I, 28 settembre 1994, n. 7899 che ha stabilito «A tal riguardo, va rilevato, allora, che al negozio fiduciario non si applicano le disposizioni degli artt. 2721 e segg. cod. civ. e, in particolare,

In tal modo, vengono superate le criticità della tesi seguita da una parte della giurisprudenza²⁰⁸, pure a favore della validità di un *pactum fiduciae* concluso oralmente, che riconosce alla dichiarazione unilaterale del fiduciario natura di fonte di obbligazione in quanto diretta ad attuare l'accordo fiduciario preesistente.

Se dalla dichiarazione unilaterale trae origine l'obbligo del fiduciario di trasferimento a favore del fiduciante allora essa costituisce titolo per azionare in giudizio il rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c.

È evidente che una tale interpretazione presenti delle incoerenze sistematiche insuperabili, dal momento che appare poco congruente con il principio di tipicità delle promesse unilaterali sancito all'art. 1988 c.c. Invece, l'interpretazione fornita dalla recente giurisprudenza di legittimità non configura un'astrazione sostanziale del rapporto ma un'astrazione meramente processuale che, dunque, comporta l'esonero, della parte (il fiduciante) a favore del quale la dichiarazione è prodotta di provare il rapporto fondamentale.

In ossequio al dettato legislativo, dunque, le Sezioni Unite non riconoscono alla dichiarazione unilaterale del fiduciario natura di fonte di obbligazioni, ex art. 1173 c.c., ma valore probatorio che comporta, per l'appunto, la *relevatio ab onere probandi*²⁰⁹.

Quanto detto, tuttavia, non prescinde dal rapporto principale la cui esistenza risulta presunta *iuris tantum* con inversione dell'onere probatorio a carico del fiduciario che intenda contestarne la validità, l'efficacia ovvero eccepisca l'avvenuta estinzione o il diverso contenuto del *pactum fiduciae* rispetto a quanto risulta dalla sua stessa

dell'art. 2722 in materia di prova, giacché esso non amplia né modifica il contenuto di un altro negozio, operando il *pactum fiduciae* solo sul piano della creazione di un obbligo da adempiere a cura del fiduciario. Al negozio fiduciario non è, poi, neppure applicabile l'art. 2725 cod. civ., trattandosi di negozio per la cui validità non è richiesta la forma scritta (Cass. 23 novembre 1988 n. 6263 e cfr. Cass. 2 luglio 1990 n. 6764)». V. inoltre Cass. civ., Sez. II, sent. 21 novembre 1988 n. 6263; da ultimo Cass., sez. II, 27 maggio 2020, n. 9952 ha stabilito che «il divieto dell'ammissione della prova testimoniale stabilito dall'art. 2722 c.c., in ordine ai patti aggiunti o contrari al contenuto negoziale di un documento, riguarda solo gli accordi diretti a modificare, ampliandolo o restringendolo, il contenuto del negozio, mentre non investe la prova diretta ad individuarne la reale portata attraverso l'accertamento degli elementi di fatto che determinarono il consenso dei contraenti».

²⁰⁸ Cass., Sez. III sentenza n. 10633 del 2014. In questo caso la Cassazione aveva ritenuto che: «A fondare la domanda di applicazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. ben può invero considerarsi idoneo e sufficiente anche un atto come nella specie complesso, ricognitivo e unilaterale d'impegno (v. Cass., 18/1/1985, n. 136), pur se redatto successivamente» (cfr. Cass., 11/12/2000, n. 15575; Cass., 17/3/1993, n. 3173; Cass., 2/7/1991, n. 7269; Cass., 8/7/1983, n. 4618).

²⁰⁹ A. VALENTINI, *Efficacia della dichiarazione ricognitiva di diritti reali su beni immobili*, cit., 437 ss.; F. BOTTONI, *Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi*, in Riv. dir. civ., 2012, 4, 467 ss. anche con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale concernente la possibilità o meno di ritenere efficaci dichiarazioni ricognitive di diritti reali altrui.

dichiarazione ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva fatta valere in giudizio dal fiduciante.

In tal senso si afferma che la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ri-trasferimento 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 contraria²¹⁰.

Alla luce di quanto esposto, inoltre, sul piano istruttorio dovrebbe ammettersi la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale. Infatti, se il *pactum fiduciae* (orale) è un accordo avente efficacia obbligatoria tra fiduciario e fiduciante, allora non può annoverarsi tra i cd. patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si allegghi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea rispetto ai quali l'art. 2722 c.c. nega l'ammissibilità della prova per testimoni.

6. Profili di diritto tributario

Al fine di fornire una compiuta disamina del fenomeno sin qui trattato, giova trattare la risposta ad interpello n. 347 del 27 giugno 2022, con cui l'Agenzia delle entrate ha ritenuto soggetto ad imposta di donazione, oltre che alle imposte ipotecarie e catastali, il trasferimento di un immobile da parte del mandatario al mandante, in adempimento dell'obbligo di riconsegna e dopo che l'acquisto era stato posto in essere per conto del mandante, con provvista da questi messa a disposizione.

Invero, malgrado la laconicità della ricostruzione della fattispecie sotto il profilo civilistico, con effetti sul piano fiscale, desta stupore la soluzione cui si perviene nella risposta in virtù del fatto che l'Amministrazione finanziaria sembra fare sostanziali passi indietro rispetto ai recenti approdi circa i presupposti di applicazione dell'imposta di donazione, rappresentati anche nell'ambito della circolare 20 ottobre 2022, n. 34/E sulla tassazione del trust.

²¹⁰ Cfr. Cass. SS.UU. 6459/2020 cit.

Ciò detto, le considerazioni e le conclusioni dell'interpello in commento contraddicono il nuovo approccio da ultimo confermato dalla menzionata circolare, dove l'Amministrazione finanziaria rielabora il presupposto dell'imposta di donazione, dichiarando espressamente di aderire a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che lo ricollega al momento in cui si realizza l'effettivo trasferimento del bene in favore del beneficiario.

Quanto detto induce gli interpreti nell'incertezza rispetto ad ambiti contigui a quello oggetto della risposta a interpello, quali quello del negozio fiduciario e del trust.

L'istanza di interpello in commento ha ad oggetto il contratto di mandato gratuito senza rappresentanza concluso ai sensi dell'art. 1705 c.c., con cui il soggetto mandante ha incaricato il soggetto mandatario di procedere all'acquisto di un immobile per suo conto, mettendo a disposizione le somme necessarie al pagamento del prezzo e dei relativi oneri di compravendita.

Dal canto proprio, parte mandataria ha assunto l'obbligazione, ai sensi dell'art. 1706, comma 2, c.c., di ritrasferire al mandante l'immobile acquistato per suo conto, nonché di amministrarlo nelle more del ritrasferimento.

Il Notaio rogante che ha provveduto all'istanza di interpello si è rivolto all'Amministrazione finanziaria per conoscere il corretto regime tributario ai fini dell'applicazione imposte indirette, cui assoggettare detto atto.

Ad avviso dell'istante, trattandosi di atto a titolo gratuito, con causa nel contratto di mandato e privo di qualsivoglia intento liberale, non si configurerebbe, nel caso di specie, un passaggio di ricchezza suscettibile di imposizione indiretta, in particolare di imposta di donazione.

Nella sua ricostruzione, il Notaio giunge ha valorizzato la lettura dell'art. 2, comma 47, del D.L. n. 262/2006²¹¹ offerta dalla giurisprudenza di legittimità²¹² nel trovare soluzione a una fattispecie speculare a quella oggetto di istanza e riguardante un contratto di mandato senza rappresentanza ad alienare.

Secondo la lettura costituzionalmente orientata fornita dalla Suprema Corte, presupposto di applicazione della citata norma sarebbe l'effettivo trasferimento del bene quale manifestazione di capacità contributiva. Al contrario, quando detto trasferimento si

²¹¹ Ai sensi del quale «è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione».

²¹² Viene in particolare fatto riferimento alla pronuncia Cass. n. 11401 del 30 aprile 2019.

atteggi in modo sostanzialmente “neutro”, non comportando un effettivo incremento patrimoniale del beneficiario, deve escludersi l'imposizione indiretta.

Volendo applicare tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, l'interpellante ha desunto che, nella vicenda in esame, l'unico atto che abbia manifestato capacità contributiva sia stato l'acquisto da parte del mandatario utilizzando la provvista fornitagli dal mandante, atto già assoggettato ad imposizione secondo le ordinarie regole tributarie, mentre l'atto di trasferimento dal parte mandatario al mandante sarebbe solamente funzionale a far coincidere il dato formale e quello sostanziale circa la titolarità del bene in capo a quest'ultimo.

Rigettando la lettura proposta dal notaio interpellante, l'Agenzia delle entrate ha delineato la vicenda ritenendo che l'atto di trasferimento dal mandatario al mandante rientri tra i trasferimenti a titolo gratuito equiparati ai fini fiscali alle liberalità donative, soggette all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni secondo la ricostruzione elaborata con circolare 22 gennaio 2008, n. 3/E .

Ad avviso dell'Amministrazione finanziaria tale soluzione prescinde dalla circostanza che tra la cedente e il cessionario sussista un rapporto di mandato senza rappresentanza, disciplinato dagli artt. 1705 ss. c.c..

La circostanza che il trasferimento dell'immobile costituisca adempimento dell'obbligazione di riconsegna assunta dal mandatario nell'ambito del contratto di mandato senza rappresentanza sarebbe quindi del tutto irrilevante.

Tale ricostruzione non sembra del tutto condivisibile per il fondamentale rilievo per cui, nella fattispecie esaminata, mancherebbe il presupposto di applicazione dell'imposta di donazione.

Giova ricordare che l'imposta sulle successioni e donazioni è stata reintrodotta dall'art. 2, comma 47, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262²¹³, rendendola applicabile ai «trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione».

Rispetto alla precedente formulazione della norma applicabile alle sole liberalità²¹⁴, la nuova versione ha ampliato il presupposto impositivo dell'imposta includendovi i trasferimenti a titolo gratuito e la costituzione dei vincoli di destinazione.

²¹³ Convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 novembre 2006, n. 286.

²¹⁴ Art.1 del D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

Per effetto della estensione dell'ambito di applicazione della norma agli atti a titolo gratuito, è stato necessario ricostruire il presupposto impositivo della norma nel senso che lo stesso andrebbe ravvisato non più nell'*animus donandi*, nell'accrescimento patrimoniale (effettivo) del beneficiario, ottenuto senza alcuna contropartita²¹⁵.

La nuova formula legislativa parla di atti a titolo gratuito, implicando per l'effetto la volontà legislativa di prescindere dall'accertamento dell'*animus donandi*, sostituito da un dato che può più facilmente esteriorizzarsi in termini oggettivi, com'è la gratuità dell'atto che riflette i suoi effetti su una sfera patrimoniale altrui. L'elemento causale della gratuità è, quindi, in grado di identificare quegli atti che attribuiscono vantaggi senza un sacrificio correlativo e di qualificare una categoria generica di cui gli atti liberali e la donazione rappresentano ulteriori sottospecie²¹⁶.

Si consideri che la mancanza di una causa onerosa non è criterio sufficiente ad accomunare tutti i possibili assetti negoziali, dal momento che uno spostamento patrimoniale può essere esito di vicende negoziali "finali" ma anche solo "strumentali", intendendo per queste ultime quelle finalizzate all'attuazione di un determinato programma tra le parti.

L'interesse del disponente ben legittimamente può essere proprio ad una modificazione solo qualitativa e non quantitativa del suo patrimonio, considerata l'intera operazione, seppure immediatamente il passaggio strumentale sia caratterizzato dalla mancanza di un corrispettivo, elemento non idoneo in sé ad ascrivere necessariamente tali vicende al presupposto sulle successioni e donazioni²¹⁷.

In altri termini, il passaggio di proprietà realizzerebbe quindi adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito del contratto di mandato e che gravano sulle parti.

Tale ricostruzione giustifica causalmente l'atto di provvista in termini solutori e dunque onerosi (a prescindere dalla eventuale gratuità del mandato), il che rende necessaria una verifica del regime fiscale ad esso applicabile nell'alternativa tra l'assoggettamento ad imposta di registro in misura proporzionale, in ragione del trasferimento verificatosi in capo al mandatario, e la natura, strumentale, della *solutio* in

²¹⁵ Cass. ord. 17 gennaio 2019, n. 1131.

²¹⁶ In questo senso, D. STEVANATO, *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli e immobili*, in *Corr. Trib.*, n. 20/2008, pp. 1639 ss.; G. CORASANITI, "Profili impositivi dell'intestazione fiduciaria", in *Dir. prat. trib.*, n. 4/2009, p. 727.

²¹⁷ V. MASTROIACOVO, *Il mandato ad alienare tra limiti ordinamentali e pregiudizi fiscali*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2018.

quanto programmatica e funzionale all'adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto.

Tornando all'indagine sul presupposto di imposta, occorre quindi chiedersi se la causa intrinsecamente onerosa del trasferimento interno tra mandante e mandatario possa in sé configurare una modificazione patrimoniale rilevante agli effetti tributari.

Ciò detto, il ritrasferimento ad opera del mandatario in favore del mandante non realizza alcun accrescimento patrimoniale senza contropartita, dal momento che si limita a consegnare al sostanziale titolare un bene per cui egli ha subito il correlato onere economico, avendo trasferito al mandatario la provvista per la compravendita.

Si tratterebbe, dunque, di una vicenda neutra, funzionale alla realizzazione del programma negoziale, che meramente ricongiunge il dato formale e sostanziale circa la titolarità del bene in capo al mandante. In questo senso si è anche orientata la Suprema Corte nel 2019, citata dall'interpellante a sostegno della soluzione proposta nell'interpello²¹⁸, affermando il condivisibile principio secondo cui, sotto il pregnante e decisivo profilo della capacità contributiva, il trasferimento in parola risulta manifestamente neutro in quanto non comporta alcun sostanziale trapasso di ricchezza e definitivo arricchimento della sfera patrimoniale del mandatario, atteso che costui è gravato (per l'adempimento del mandato) dalle correlate obbligazioni di trasferire al terzo acquirente il bene (del quale è intestatario meramente formale), e di corrispondere al mandante il relativo prezzo, ovvero - qualora il mandato non possa essere adempiuto - dalla obbligazione di retrocedere il bene al mandante.

Sotto il profilo squisitamente fiscale, l'Agenzia delle entrate sembrerebbe essere caduta nell'errore interpretativo per cui il più ampio presupposto dell'imposta sulle successioni e donazioni - il trasferimento a titolo gratuito di beni e diritti - venga interpretato senza tenere in alcun conto la manifestazione di capacità contributiva che il legislatore ha inteso colpire con la (re)istituzione dell'imposta de qua, (manifestazione di capacità contributiva) da individuarsi nello stabile e definitivo arricchimento di un soggetto diverso dal disponente, senza la sopportazione di alcun sacrificio economico da parte del primo (beneficiario). Diversamente, devono ritenersi esclusi dall'ambito applicativo di tale imposta tutti i trasferimenti di beni e diritti non aventi natura liberale o gratuita, in quanto riconducibili ad un assetto di interessi di natura onerosa; se così non

²¹⁸ *Ex multis* si veda Cass., 30 aprile 2019, n. 11401.

fosse si avrebbe un'irrazionale e incostituzionale sovrapposizione tra l'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni e quello dell'imposta di registro²¹⁹.

Da ultimo si segnala che la ricostruzione operata dall'Agenzia nella risposta in commento sembra entrare in aperto contrasto con l'articolata evoluzione giurisprudenziale intorno al presupposto dell'imposta di donazione, invero cristallizzatasi attorno ad un orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, sposato anche dall'Amministrazione finanziaria.

Ambito di elezione per l'attività di ricostruzione del presupposto di imposta in esame è stato quello del trust²²⁰, dal momento che l'atto costitutivo del trust con costituzione del vincolo di destinazione comporta il trasferimento di una serie di rapporti giuridici patrimoniali.

Si ricordi che l'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente e condiviso esclude che nell'atto istitutivo e nell'atto di dotazione patrimoniale tra disponente e trustee sia ravvisabile un trasferimento effettivo di ricchezza rilevante ai fini dell'imposta di donazione.

Le più recenti pronunce della Suprema Corte²²¹ hanno infatti chiarito che «per l'applicazione dell'imposta di donazione, così come di quella proporzionale di registro ed ipocatastale, è necessario che si realizzi un trasferimento effettivo di ricchezza mediante attribuzione patrimoniale stabile e non meramente strumentale»; un trasferimento così imponente non è riscontrabile né nell'atto istitutivo né nell'atto di dotazione patrimoniale tra disponente e trustee - in quanto meramente strumentali ed attuativi degli scopi di segregazione e di apposizione del vincolo di destinazione. E ancora, «la sola apposizione del vincolo non comporta, di per sé, incremento patrimoniale

²¹⁹ S. ZAGÀ, *La disciplina impositiva del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili: note a margine di una recente pronuncia della Corte di cassazione (nota a Cass., Sez. V, 19 dicembre 2018 - 30 aprile 2019, n. 11401)*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1/2020, p. 76.

²²⁰ L. SABBI, *Quando l'imposta va assolta subito e quando no*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 3/2020, p. 242.

²²¹ Così Cass. 31 maggio 2022 e ancora Cass. 17 giugno 2022, n. 19558, per cui «Il trustee, infatti, acquista sì la proprietà dei beni conferiti nel trust, ma non gode delle facoltà tipiche del proprietario e non acquisisce alcun vantaggio per sé, assumendo la titolarità di tali beni solo per poter compiere gli atti di gestione e di disposizione necessari al raggiungimento dello scopo per cui il trust è stato istituito. In ragione del fatto che il conferimento dei beni in trust non determina effetti traslativi in favore del trustee, nel significato rilevante ai fini dell'imposizione, quale effettivo e stabile passaggio di ricchezza, l'atto di dotazione avente ad oggetto beni immobili è soggetto a tassazione in misura fissa».

significativo di un reale trasferimento di ricchezza, con quanto ne consegue in ordine alla non ravvisabilità in esso di forza economica e capacità contributiva ex art. 53 Cost.»²²²

Tale approdo ermeneutico è stato da ultimo espressamente sposato dalla stessa Amministrazione finanziaria nell'ambito della circolare n. 34/E/2022.

Il cambio di rotta dell'Amministrazione finanziaria ha segnato un momento di svolta per il settore, dal momento che cambia la prospettiva di tassazione del trust, in termini di tempistiche e modalità.

La stessa posizione è stata confermata dall'Amministrazione finanziaria anche con la risposta a interpello 4 luglio 2022, n. 359, puntualizzando che, secondo l'attuale orientamento della Corte di cassazione, la costituzione del vincolo di destinazione non integra un autonomo presupposto ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, ma è necessario che si realizzi un trasferimento effettivo di ricchezza mediante un'attribuzione patrimoniale stabile e non meramente strumentale.

Tanto premesso e in linea con il riferito approdo ermeneutico, non si spiega quindi la scelta dell'Agenzia, nella risposta in commento, di ravvisare nel trasferimento dell'immobile dal mandatario al mandante, dietro incarico e provvista di acquisto, nuova forza economica e manifestazione di autonoma capacità contributiva.

Da un punto di vista eminentemente civilistico, la ricostruzione dell'Agenzia delle entrate sembra prescindere - come la stessa espressamente riconosce nella propria risposta - dall'esistenza del contratto tra le parti, privando il trasferimento del bene dalla sua causa giustificatrice.

Tale lettura non valorizza il principio cardine della libertà negoziale delle parti: il programma negoziale e la relativa funzione devono essere il faro che guida nella interpretazione del rapporto. L'Amministrazione finanziaria, invece, ha evidenziato una realtà diversa da quella voluta ed esternata dalle parti, pretendendo di riconoscerne uno spostamento di ricchezza indice di capacità economica.

In altri termini, nella lettura erariale, il contratto viene eliminato dal mondo del diritto e la vicenda si riduce ad essere quella di un soggetto che si spoglia di un bene per trasferirlo, senza corrispettivo, ad altro soggetto, con conseguente impoverimento della propria sfera giuridico-patrimoniale e contestuale arricchimento della sfera altrui.

²²² Cass. 2 novembre 2020, n. 24235.

Al contrario, la dottrina civilistica più recente e prevalente attribuisce al mandato efficacia meramente obbligatoria, ma con la precisazione che si può identificare nell'atto di ritrasferimento un negozio traslativo di esecuzione - non astratto, ma - causale, il quale trova il proprio fondamento, appunto, nel contratto di mandato e nella obbligazione di "dare" (nel senso tecnico di "trasferire") che da esso nasce²²³.

Tanto premesso, anche attribuendo al mandato un'efficacia meramente obbligatoria, non potrebbe negarsi che il *titulus acquirendi* del mandante sarebbe pur sempre costituito dal contratto di mandato, non già dal successivo negozio traslativo di esecuzione, il quale fungerebbe in sostanza da semplice *modus acquirendi*, e che la radice dell'effetto traslativo interno si trova comunque nel mandato e nella causa gestoria che lo sorregge²²⁴.

Sotto ulteriore profilo, qualora il mandatario deliberatamente violi l'obbligo assunto con il mandante ed acquisti l'immobile per conto proprio utilizzando le somme messe a disposizione dal mandante, la previsione del comma 2, dell'art. 1706 c.c. non troverebbe applicazione perché l'obbligo di ritrasferire il bene sorge solo quando il mandatario abbia effettuato l'acquisto per conto del mandante.

Ebbene, la regola rende chiaro come il ritrasferimento sia solo un passaggio formale (o neutrale, per usare le parole della Suprema Corte nella menzionata pronuncia del 2019) per riunire la proprietà sostanziale a quella formale in capo al mandante.

Non a caso, in dottrina si è sottolineato che, trattandosi di beni immobili, sono le esigenze di pubblicità che impediscono di adottare un sistema di trasferimento automatico, analogo a quello previsto per i beni mobili, rendendo necessario un doppio trasferimento del bene immobile dal terzo al mandatario e, successivamente, dal mandatario al mandante²²⁵.

Quanto al negozio fiduciario, lo stesso condivide con il mandato senza rappresentanza la combinazione di una efficacia obbligatoria tra le parti, ai fini dell'obbligo del fiduciario

²²³ E. BUDA, *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *I Contratti*, n. 3/2016, pag. 267, che richiama A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1984, pp. 235-236.

²²⁴ Sul punto vedasi anche Cass. 2 settembre 2013, n. 20051, annotata da A. MARANGONI, in *Corr. Giur.*, n. 12/2013, p. 1504.

²²⁵ Sul punto F. GAZZONI, cit., precisa che l'obbligo di ritrasferimento è logica conseguenza della natura obbligatoria del mandato, diversamente lo stesso dovrebbe avere carattere traslativo e l'atto di ritrasferimento avrebbe natura ricognitiva.

di ritrasferire il bene al fiduciante, con l'effetto reale nei confronti dei terzi, in relazione al trasferimento della proprietà al fiduciario²²⁶.

Da ultimo, si segnala che in dottrina non si dubita del fatto che il fulcro della nozione sia costituito proprio dal trasferimento all'affidatario fiduciario di beni, destinati a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma destinatorio, con conseguente effetto segregativo rispetto al patrimonio dell'affidatario²²⁷.

Le coordinate sin qui tracciate inducono a ritenere che la conclusione raggiunta dall'Amministrazione finanziaria nell'interpello in questione ben si presta ad essere applicata ai negozi fiduciari, nel momento in cui si prescinde dall'effetto obbligatorio del negozio tra le parti e si considera unicamente il ritrasferimento da parte del mandatario/fiduciario come atto a titolo gratuito rilevante ai fini dell'imposta di donazione.

Del resto, in tema di negozio fiduciario, si registra più di un precedente rispetto al quale l'Agenzia delle entrate aveva assunto una decisione opposta a quella sin qui esposta.

In un caso, l'Agenzia aveva accolto le conclusioni formulate dall'istante affermando che, mediante il contratto di ritrasferimento dell'immobile facente parte del fondo affidato, economicamente si realizza nei confronti del fiduciante al termine dell'affidamento un riassetto patrimoniale pubblicistico con un proprio bene temporaneamente affidato in proprietà con destinazione. Pertanto, non vi sarebbe incremento di ricchezza, dovendo applicarsi al caso di specie l'imposta di registro in misura fissa²²⁸.

²²⁶ A. TORRONI - F. GASPARINETTI, *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in *Rivista del Notariato*, n. 5/2020, p. 959, dove si osserva che «I punti di contatto con il mandato senza rappresentanza sono certamente molto evidenti: in entrambi i casi si ha infatti un'interposizione reale di persona, poiché sia il mandatario, sia il fiduciario divengono titolari di una data posizione giuridica nomine proprio. La struttura dei due negozi è poi simile, tanto che a volte può essere difficile definire se la singola fattispecie concreta rientri nell'uno o nell'altro tipo negoziale, accompagnandosi anche nel mandato senza rappresentanza ad un negozio reale esterno, il contratto con cui il mandatario acquista dal terzo la res, uno obbligatorio interno, che definisce i rapporti tra il medesimo mandatario ed il mandante».

²²⁷ L. SALVINI, *Il riconoscimento fiscale della fiducia e della separazione patrimoniale*, in *Fiducia e patrimoniale, Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, 2020.

²²⁸ Interpello 9 maggio 2012, n. 903-134/2012 DRE Liguria. Con riferimento al trasferimento di un bene immobile dal fiduciante alla società fiduciaria e al suo ritrasferimento da questa al fiduciante, anche la DRE dell'Emilia Romagna, con risoluzione n. 909-14280/2003 del 13 marzo 2003, aveva affermato che tali atti non hanno a oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale e quindi devono essere assoggettati al pagamento delle imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa; nello stesso senso anche la risoluzione della Direzione Provinciale della Lombardia del 31 dicembre 2001.

Le coordinate sin qui tracciate assurgono a sistema e sembra potersi sposare la ricostruzione per cui, in tutti i casi in cui si realizzi una segregazione patrimoniale, non solo per effetto di un atto di dotazione di trust o di costituzione di un vincolo di destinazione, ma anche per effetto di un affidamento fiduciario, è inapplicabile l'imposta di donazione finché non si verifichi l'attribuzione al beneficiario finale, per carenza del relativo presupposto.

In tali casi appaiono in effetti riscontrabili talune caratteristiche da individuarsi nella combinazione tra lo scopo di destinazione e quello, strumentale, di segregazione patrimoniale e nella conseguente intestazione meramente formale dei beni (al trustee, all'affidatario, al fondo speciale, ecc.) a seguito del trasferimento e ciò costituisce il minimo comune denominatore dei trasferimenti non rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte in questione²²⁹.

²²⁹ Si veda anche lo studio condotto dal Consiglio Nazionale del Notariato: Studio n. 38-2020/T.

Capitolo IV

Ambiti applicativi del negozio fiduciario

SOMMARIO: 1. La società fiduciaria. – 2. Il deposito fiduciario. – 3. Il *trust*. – 4. I vincoli di destinazione fiduciaria. – 5. Figure affini nel diritto d'oltralpe: profili di diritto comparato.

1. La società fiduciaria

La società fiduciaria rappresenta un attore fondamentale nel panorama finanziario, offrendo una serie di servizi e vantaggi che sono di notevole utilità sia per gli investitori che per le imprese²³⁰.

In primo luogo, infatti, essa svolge un ruolo chiave nella gestione dei patrimoni. Gli individui e le imprese affidano spesso i loro beni e investimenti a società fiduciarie per una serie di motivi. Tali società hanno l'esperienza e le competenze necessarie per amministrare e proteggere i beni dei clienti, garantendo una gestione professionale e conformità con le leggi finanziarie e fiscali in vigore. Questo livello di competenza è particolarmente cruciale per coloro che desiderano una gestione diversificata del portafoglio, un'allocazione strategica degli *asset* e una gestione prudente del rischio.

Inoltre, le società fiduciarie possono fornire un servizio di custodia sicuro per i titoli e gli *asset* finanziari. Tale aspetto è di vitale importanza, poiché garantisce che gli investimenti siano al sicuro da frodi, accessi non autorizzati e perdite accidentali. La società fiduciaria si occupa della custodia dei titoli, delle obbligazioni e di altri strumenti finanziari, garantendo che siano accessibili solo alle parti autorizzate. Quanto detto rappresenta una garanzia di sicurezza per gli investitori e contribuisce a preservare l'integrità del mercato finanziario.

Le società fiduciarie, tra l'altro, offrono una gestione discrezionale degli investimenti. Ciò significa che, in base alle istruzioni fornite dal cliente o alle condizioni contrattuali, la società fiduciaria ha il potere di prendere decisioni di investimento in modo autonomo. Questo approccio offre una notevole convenienza per gli investitori che desiderano delegare la gestione dei propri investimenti a professionisti esperti.

²³⁰ A. CARON, *Società fiduciarie, intestazione fiduciaria e riserva di attività*, in *Diritto e pratica delle società*, 2007, 10; F. CORSI, *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I; L. DE ANGELIS e P. GUACCERO, *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 2.

Nel contesto normativo italiano, dunque, è possibile suddividere le società fiduciarie in due macrocategorie, ognuna soggetta a una diversa disciplina normativa. La prima comprende le società fiduciarie note come “di amministrazione statica”. Tali società svolgono l’attività di amministrazione del patrimonio conferito dai clienti, ma senza alcun diritto o facoltà di disporre autonomamente dei diritti o dei beni del cliente. La società fiduciaria si impegna rigorosamente a seguire le istruzioni fornite dal cliente stesso. Un simile modello, noto come “fiducia statica”, implica che il fiduciario, in quanto intestatario di un diritto, si impegna a esercitare tale diritto in conformità alle richieste e istruzioni del fiduciante a favore di quest’ultimo o di un terzo da lui indicato.

In tale contesto, la società fiduciaria non ha il potere di disporre in modo discrezionale del bene o del diritto conferitole in amministrazione dal fiduciante. Le clausole contenute nel contratto sottolineano che la proprietà sostanziale del bene o del diritto rimane in capo al fiduciante, con la società fiduciaria che acquisisce solo la legittimazione derivante dalla sua intestazione formale²³¹. La separazione tra il patrimonio amministrato e il patrimonio della società fiduciaria impedisce ai creditori della società di agire sui beni e i diritti trasferiti alle società fiduciarie poiché rimangono soggetti solo alle azioni dei creditori del fiduciante.

Il funzionamento delle società fiduciarie di amministrazione è regolato da contratti di amministrazione con intestazione fiduciaria, che sono basati sull’*intuitu personae* e non conferiscono alcun potere discrezionale al fiduciario o alla società fiduciaria che svolge questo ruolo²³². L’amministratore si limita ad eseguire attività di conservazione e di ordinaria amministrazione, senza poter disporre dei titoli e degli strumenti finanziari affidati. Tale modalità operativa è definita “amministrazione statica” per distinguerla dalla “gestione dinamica”, che prevede un maggiore potere discrezionale.

Sotto il profilo giuridico, l’attività di amministrazione, anche se in forma fiduciaria, è assimilabile per finalità e poteri al tradizionale contratto di deposito regolare in amministrazione di titoli, come previsto dall’art. 1838 del codice civile. Tuttavia, la forma fiduciaria è specificamente riservata alle società fiduciarie, rendendola una peculiarità dell’ordinamento²³³.

²³¹ G. DI CHIO, *Società fiduciarie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, VII.

²³² P. LUZZI, *Disciplina delle attività fiduciarie*, in *Giur. comm.*, 1986, I.

²³³ C. VINCI C., M. GAGLIARDI, *Le società fiduciarie*, Milano, 1990, II.

La legge stabilisce requisiti specifici per le società fiduciarie di amministrazione, inclusi requisiti relativi all'identificazione dei beni amministrati e dei poteri conferiti al fiduciario. La legge prevede anche il diritto del fiduciante di modificare i poteri e di impartire istruzioni specifiche.

In sintesi, il deposito fiduciario di amministrazione statica in Italia comporta una rigorosa separazione tra il patrimonio amministrato e il patrimonio della società fiduciaria. I beni e i diritti amministrati rimangono di proprietà sostanziale del fiduciante, e la società fiduciaria agisce in base alle sue istruzioni. La normativa stabilisce requisiti dettagliati per la gestione e la supervisione di tali depositi fiduciari, garantendo trasparenza e tutela per tutte le parti coinvolte.

Le disposizioni sopra menzionate riflettono la natura giuridica fondamentale del contratto di amministrazione fiduciaria, in cui il fiduciante agisce come mandante, assumendo il ruolo di principale nell'operazione. È suo il legittimo interesse e sono le sue istruzioni a guidare l'amministrazione del patrimonio. Inoltre, tutti i beni coinvolti sono a lui attribuibili²³⁴.

D'altra parte, il fiduciante ha l'obbligo di non agire direttamente ma solo tramite la società fiduciaria per quanto riguarda i beni e i relativi diritti in amministrazione. In caso contrario, secondo l'articolo 1727 del codice civile, la società fiduciaria ha il diritto di porre fine al contratto. Ciò avviene soprattutto se il fiduciante gestisce direttamente operazioni finanziarie per conto della società fiduciaria, come pagamenti o ricevimenti di denaro. Inoltre, il fiduciante è tenuto a fornire in anticipo i fondi necessari per l'esecuzione delle attività, e la società fiduciaria non può seguire istruzioni che comportino obblighi finanziari se i fondi non sono stati forniti in modo tempestivo.

Tali disposizioni sono strettamente legate alla peculiarità del contratto di amministrazione fiduciaria, in cui tutti i beni sono formalmente intestati alla società fiduciaria, il che implica che tutte le operazioni siano eseguite a suo nome. Inoltre, l'obbligo del fiduciante di fornire risorse per l'adempimento dell'incarico è una delle principali responsabilità del mandante. Il divieto per la società fiduciaria di procedere con l'operazione senza i fondi adeguati serve a garantire la stabilità finanziaria della società e

²³⁴ A. JANNUZZI, *Le società fiduciarie*, Milano, 1988.

a prevenire il rischio di speculazione finanziaria in un contesto che dovrebbe essere puramente conservativo²³⁵.

Per proteggere adeguatamente il cliente-fiduciante, il contratto deve prevedere il divieto di cessione del contratto da parte della società fiduciaria e stabilire chiaramente il compenso per la società fiduciaria, oltre ai criteri per determinarlo, nonché le spese addebitabili al fiduciante. Poiché i titoli sono di proprietà dei fiducianti, il contratto impone all'incaricato l'obbligo di esercitare il diritto di voto e altri diritti relativi ai beni amministrati in conformità alle istruzioni scritte del fiduciante.

Inoltre, il contratto deve includere disposizioni per la rendicontazione periodica, se necessario per garantire una corretta esecuzione del contratto e su richiesta del fiduciante, nonché l'indicazione degli intermediari autorizzati a custodire e amministrare i beni in amministrazione.

Poiché le società fiduciarie agiscono come operatori professionali, sono responsabili per eventuali danni derivanti da una gestione inadeguata del patrimonio dei clienti. Questa responsabilità è disciplinata dalla legge, in particolare dagli articoli 1176 e 1710 c.c., che riguardano la diligenza del mandatario nell'adempimento delle obbligazioni. Inoltre, il contratto deve specificare l'obbligo della società fiduciaria di rispondere per le azioni degli ausiliari autorizzati dal fiduciante per l'esecuzione dell'incarico, in conformità agli articoli 1228 e 2049 c.c. Tuttavia, tale disposizione non si applica se nel contratto di mandato le parti specificano il nominativo dell'ausiliario o se la sostituzione è necessaria in base alla natura dell'incarico, come previsto dall'articolo 1717 c.c.

Infine, per proteggere ulteriormente il cliente, il contratto deve affermare la non derogabilità delle condizioni generali contenute nel contratto stesso, poiché queste condizioni rappresentano i principi fondamentali per una corretta esecuzione dell'attività fiduciaria. Quindi, salvo eccezioni motivate, le clausole aggiuntive non possono modificarle.

In attesa della riforma organica della disciplina delle società fiduciarie e di revisione - annunciata dal legislatore da più di trent'anni con la L. 2 gennaio 1991, n. 1 - nel corso del tempo si è assistito ad una ricca produzione legislativa che talvolta in via soltanto indiretta, talaltra in forma diretta, ha comunque inciso sulla materia, contribuendo spesso a ridefinirne i contorni.

²³⁵ M. SEPE, *Il risparmio gestito*, Bari, 2000.

L'esigenza avvertita dal legislatore di rendere conoscibili i soggetti fiducianti - ponendo a carico dei fiduciari obblighi di trasparenza - discende dall'idea che la disponibilità delle partecipazioni fiduciate rimanga in capo al fiduciante, il quale potrà disporre in qualunque momento la loro vendita, ordinarne la retrocessione o l'intestazione a un soggetto terzo, nonché fornire istruzioni sull'esercizio del diritto di voto, di cui è titolare il fiduciario, che vota in proprio come azionista, e non come delegato²³⁶.

Giova precisare che per effetto del d.lgs. n. 27 del 2010 sono venuti meno i requisiti di possesso azionario; per l'effetto le società fiduciarie possono ora intendersi legittimate a promuovere le deleghe quale che sia l'entità della partecipazione di cui sono intestatarie. Ciò detto, permane la condizione della promozione delle deleghe da parte della fiduciaria subordinata alle istruzioni ricevute dai fiducianti: essa continua a ritrarsi implicitamente dal sistema complessivo delle intestazioni fiduciarie che muove sempre più verso la direzione del riconoscimento al fiduciante della titolarità sostanziale delle azioni fiduciarmente intestate.

In merito a tale aspetto giova segnalare che dal punto di vista fiscale la regola generalmente accolta per l'amministrazione fiduciaria dei titoli azionari, e più in generale degli strumenti finanziari, è la c.d. «trasparenza fiduciaria», in forza della quale il reddito prodotto è direttamente imputato e tassato in capo al fiduciante²³⁷.

Con riferimento all'intestazione fiduciaria di azioni, si ricorda che l'obbligo di rispettare i limiti quantitativi all'acquisto (anche se fatto per tramite di società fiduciaria: art. 2357, comma 5, c.c.) di azioni proprie - attualmente fissato nella quinta parte del capitale sociale - deve considerarsi limitato alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dopo la modifica dell'art. 2357, comma 3, c.c. ad opera prima del d.lgs. 4 aprile 2008, n. 142, di recepimento della direttiva n. 2006/68/CE²³⁸ poi della L. 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5²³⁹.

²³⁶ L. DE ANGELIS - P. GAGGERO, *Società fiduciarie*, CeI, 2003, p. 940.

²³⁷ Sul tema si veda l'analisi di F. MARCHETTI, *Luci e ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, II, Padova, 2010, p. 1103.

²³⁸ Sul tema si veda N. ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la "nuova" Seconda Direttiva e il d.lg. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. "semplificazione" della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *RDImpr*, 2009, II, p. 227 ss.; G. MARASÀ, *Considerazioni introduttive sul d.lgs. n. 142/2008 di attuazione delle modifiche alla seconda direttiva comunitaria in materia di s.p.a.*, in *NGCC*, 2009, II, pp. 569 ss.; S. POLIDORO, *Attuazione della direttiva 2006/68/CE su conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Not*, 2009, pp. 65 ss.

²³⁹ M. STELLA RICHTER JR., *Novo e novissimo regime dell'acquisto delle proprie azioni*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, I, Bari, 2011, pp. 815 ss.

Ebbene, il citato art. 2357, comma 5, c.c., malgrado la sua portata più circoscritta, è tra le norme di diritto societario che considerano il fenomeno dell'intestazione fiduciaria allo scopo di ricondurre all'effettivo proprietario - il fiduciante - gli effetti previsti dalle norme stesse. Del pari anche la nozione di controllo indiretto di cui all'art. 2359, comma 2, c.c., norma dalla quale è stato tratto argomento per escludere che le società fiduciarie costituite intestatarie di partecipazioni sociali di controllo possano essere considerate società che esercitano attività di direzione e coordinamento in forza della presunzione contenuta nell'art. 2497-sexies c.c. e, dunque, in ragione delle caratteristiche dell'attività concretamente svolta²⁴⁰.

2. Il deposito fiduciario

Il deposito fiduciario è un meccanismo finanziario che riveste un'importanza fondamentale per un'ampia gamma di transazioni e operazioni, fornendo un'efficace soluzione per la custodia e la gestione dei beni e dei diritti. Tale pratica, basata sulla fiducia tra le parti coinvolte, comporta il trasferimento di attività finanziarie o fisiche a un intermediario fiduciario o a una società fiduciaria a beneficio di un fiduciante. In questo contesto, giova esplorare l'importanza e le caratteristiche distintive del deposito fiduciario.

L'ordinamento nazionale non offre una disciplina particolarmente dettagliata del deposito fiduciario, che può trovare la propria base normativa nel contratto di deposito nell'interesse del terzo²⁴¹, disciplinato dall'articolo 1773 c.c.

Tale articolo prevede che *“se la cosa è stata depositata nell'interesse di un terzo e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo”*.

Il tema è stato ampiamente trattato in dottrina²⁴², atteso che, dal testo normativo, sembrerebbe che il terzo abbia il potere unilaterale di impedire, teoricamente, la restituzione del bene al depositante.

²⁴⁰ A. ZOPPINI - U. TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *CeI*, 2004, pp. 1104 ss.

²⁴¹ G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti M&A*, in AA. VV., *I contratti di acquisizione di società e aziende*, a cura di U. DRAETTA e C. MONESI, Milano, 2007, p. 517.

²⁴² A. SCALISI, *Il contratto di deposito*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, pp. 20-21.

Tuttavia, al fine di evitare tali conclusioni, la dottrina²⁴³ preferisce qualificare questa figura come un deposito a favore di un terzo subordinato a una condizione sospensiva. In questo contesto, il depositante effettua un deposito con l'intenzione che il custode consegni la cosa a un terzo solo se si verifica un evento futuro e incerto, altrimenti restituisca la cosa al depositante stesso. Di conseguenza, l'adesione del terzo non conferirebbe un potere di veto illimitato ma solo il potere di impedire la restituzione della cosa fino a quando la condizione sospensiva non si verifica, con l'obiettivo di proteggere le sue aspettative.

Indipendentemente dall'interpretazione del "potere" del terzo in questo contesto, il contratto di deposito fiduciario si distingue dalla figura del deposito nell'interesse di un terzo poiché presenta una struttura trilaterale. In questo tipo di accordo, due parti agiscono come depositanti, entrambe nella stessa posizione giuridica.

L'accordo è stipulato da entrambe le parti del rapporto principale poiché entrambe hanno un interesse a proteggersi dalle eventuali modifiche apportate dall'altra parte riguardo alla destinazione del bene o della somma. Quanto detto impedisce a ciascuna delle parti di apportare modifiche unilaterali alle istruzioni originarie.

Inoltre, è importante notare che nel contratto di deposito nell'interesse di un terzo, la somma di denaro trasferita al depositario si mescola con il patrimonio del depositario stesso, poiché il depositante conferisce un incarico congiunto ed irrevocabile, nonostante gli interessi contrapposti.

In caso di inadempimento del depositario, ad esempio se non consegna la somma di denaro al terzo garantito o non la restituisce quando sono soddisfatte le condizioni, il depositante potrebbe trovarsi in una situazione insoddisfacente. Questo potrebbe verificarsi se la somma di denaro non è più disponibile presso il depositario o se il suo patrimonio non è sufficiente per consentire la restituzione. In queste circostanze, sorge la necessità di proteggere la somma depositata da potenziali azioni legali dei creditori del depositante e del depositario stessa. Tale tutela è garantita nel caso in cui il contratto di *escrow* rientri nella categoria di deposito obbligatorio del prezzo e di altre somme presso un notaio, poiché ciò comporta la separazione dei rispettivi patrimoni.

²⁴³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., p. 242.

Sembra interessante evidenziare che il deposito fiduciario svolge un ruolo cruciale soprattutto nel contesto della compravendita immobiliare, offrendo una serie di vantaggi e contribuendo in modo significativo alla sicurezza e all'efficienza del processo²⁴⁴.

Uno dei principali vantaggi del deposito fiduciario è la creazione di un punto di riferimento sicuro per il venditore e per l'acquirente. Quando un accordo per l'acquisto di un immobile viene negoziato, il compratore generalmente effettua un deposito fiduciario, noto anche come "caparra confirmatoria" o "*earnest money*", presso un intermediario fiduciario.

Da ciò si deduce la serietà dell'impegno dell'acquirente a completare la transazione garantendo al venditore che l'immobile sarà effettivamente venduto²⁴⁵.

Prima di procedere con la compravendita, infatti, è fondamentale condurre una ricerca accurata sui titoli di proprietà dell'immobile per garantire che non siano presenti vincoli legali, gravami o controversie. Il deposito fiduciario può essere utilizzato, quindi, anche per finanziare tale ricerca, fornendo al compratore l'opportunità di verificare la legalità della proprietà prima della conclusione dell'acquisto²⁴⁶.

Il deposito fiduciario offre una certa protezione sia al venditore che all'acquirente. Nel caso in cui una delle parti decida di ritirarsi dall'accordo in modo ingiustificato, il deposito fiduciario può servire da rimedio. Solitamente, se il venditore non rispetta i termini dell'accordo, il deposito può essere restituito all'acquirente. Viceversa, se l'acquirente si ritira senza una giusta causa, il deposito può essere trattenuto dal venditore come indennizzo.

Il deposito fiduciario è generalmente custodito da un terzo, noto come agente fiduciario. Questa figura svolge un ruolo neutrale, garantendo che il deposito venga gestito in modo imparziale e in conformità con i termini dell'accordo tra le parti. Tale neutralità riduce il rischio di conflitti e controversie.

I depositi fiduciari possono anche essere utilizzati come prova di capacità finanziaria dell'acquirente nei confronti dei finanziatori, come banche o istituti di credito. Ciò può

²⁴⁴ U. MAJELLO, *Il deposito nell'interesse del terzo*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1961, p. 31, afferma che spesso «il contratto di deposito nell'interesse di un terzo è stipulato tra il compratore, il venditore, il mutuante e il notaio, premesso che, a seguito di atti di compravendita e mutuo ipotecario, il compratore deve pagare al venditore la somma indicata, che il mutuante eroga in favore del compratore la somma specificata e che è necessario vincolare la somma mutuata in attesa dell'iscrizione di ipoteca sull'immobile da parte del notaio, che deve accertarne anche la libertà da ulteriori iscrizioni pregiudizievoli».

²⁴⁵ C. LICIANI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in Riv. not., 1996.

²⁴⁶ P. PEROTTI, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in Contratti, 2001.

facilitare il processo di ottenimento di un prestito ipotecario poiché dimostra che l'acquirente ha i mezzi finanziari per completare la transazione.

Alla conclusione dell'accordo di compravendita, il deposito fiduciario può essere utilizzato come parte del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile. Ne deriva una generale semplificazione del processo di pagamento contribuendo altresì a garantire una chiusura regolare e senza frizioni.

3. Il *trust*

Come si è già avuto modo di evidenziare, una delle principali caratteristiche della proprietà fiduciaria consiste nel fatto che essa è posta al riparo dalle azioni dei creditori del fiduciante, salvo l'azione revocatoria, attraverso cui i creditori del fiduciante rendono inefficace l'alienazione dal fiduciante al fiduciario.

Per converso, la proprietà fiduciaria non è posta al riparo dalle azioni dei creditori del fiduciario che possono aggredirla. Questa caratteristica giustifica quella che autorevole dottrina²⁴⁷ ha definito come “*corsa al trust*”, che costituisce una forma di proprietà fiduciaria, con una differenza sostanziale: l'effetto di separazione bilaterale o della cd. segregazione. La proprietà destinata nel *trust* o nel negozio di destinazione, infatti, è una proprietà separata con la conseguenza che sui beni che ne sono oggetto si possono soddisfare solo i creditori della destinazione e non i creditori del fiduciario.

Tale caratteristica tipica del *trust* ha fatto sì che, nel tempo, si sia sviluppato un vivace dibattito circa l'ammissibilità del cosiddetto *trust* interno, ossia del *trust* i cui elementi più importanti, ad eccezione della legge regolatrice individuata per scelta dalle parti in una legge straniera, siano tutti localizzati in Italia²⁴⁸.

In forza della Convenzione de l'Aja sulla legge applicabile ai *trust* e sul loro riconoscimento, alla quale lo Stato italiano ha dato esecuzione con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, il nostro ordinamento riconosce effetti giuridici ai *trust*.

Giova ricordare che le finalità della Convenzione sono eterogenee: la prima consiste nel fornire regole per determinare la legge applicabile al *trust* in caso di conflitto, ciò che è proprio di tutte le convenzioni di diritto internazionale privato; la seconda intende

²⁴⁷ R. GIOVAGNOLI, cit., p. 432.

²⁴⁸ G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 147.

regolare il riconoscimento del fenomeno rispetto a quegli ordinamenti che lo disconoscono. Ulteriore finalità è quella di delineare le coordinate essenziali del fenomeno²⁴⁹.

La Convenzione per certi versi può ritenersi peculiare rispetto a quelle di diritto internazionale privato perché non si limita a definire solo norme di conflitto ma determina il riconoscimento da parte dello stato aderente degli effetti di un istituto giuridico ad esso estraneo²⁵⁰.

Il summenzionato riconoscimento è attuato nella forma più estesa possibile²⁵¹ sia per i *trust* che non presentano alcun fattore di collegamento con l'ordinamento italiano sia per quelli che presentano uno o più di tali elementi oggettivi. Oggetto di riconoscimento sono, pertanto, anche i *trust* interni cioè quei *trust* i cui elementi essenziali cioè disponente, trustee, beneficiari e beni, sono tutti italiani; nel *trust* interno tutti gli elementi soggettivi e oggettivi sono legati all'ordinamento italiano, a eccezione della legge regolatrice che è straniera ed appartiene ad un ordinamento che conosce il *trust*²⁵².

Il problema specifico del riconoscimento implica la verifica dell'ambito di applicazione della Convenzione: non esistono limiti in questo senso, dato il carattere universale delle norme, il cui unico requisito di applicazione è il carattere straniero della legge che regola il *trust* rispetto alla legge dello Stato che ne vuole il riconoscimento.

A quanto detto si aggiunga che la legge non deve nemmeno appartenere ad uno degli Stati contraenti. La scelta della legge del *trust* è, per il disponente, assolutamente libera, in quanto non esistono elementi oggettivi del *trust*, come la situazione dei beni oggetto del *trust* nel foro, la residenza di trustee o disponente in tale giurisdizione, che impongano

²⁴⁹ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 494; in particolare, sui problemi internazional-privatistici sollevati dalla Convenzione: S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja*, in TAF, 2000, pp. 145 ss.; R. LUZZATTO, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in TAF, 2000, pp. 7 ss.; L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in TAF, 2001, pp. 505 ss.

²⁵⁰ A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto/civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 464; N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1996, p. 74; A. DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010, p. 105; *contra* R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 55; L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, p. 59; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in RN, 2008, 1.

²⁵¹ Si è optato per un compromesso tra la soluzione dell'adattamento, che imponeva di omologare il *trust* agli istituti dell'ordinamento che effettua il riconoscimento e quella internazionalista di recepire incondizionatamente il *trust* con tutti gli effetti prodotti in base alla legge applicabile

²⁵² M. LUPOI, *La sfida dei trusts in Italia*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1996, pp. 51 ss.

di prescindere dalla scelta del disponente e far prevalere la legge del foro²⁵³.

La ratifica della Convenzione sancisce il tramonto del principio di nazionalità degli Stati permettendo loro addirittura di superare norme di diritto interno qualora ciò sia autorizzato, come nel caso in esame, da una Convenzione²⁵⁴.

Dall'entrata in vigore della Convenzione de l'Aja grande è stata la diffusione del trust interno.

Sembra interessante evidenziare che, nella prassi, il problema si è posto in situazioni nelle quali il contenzioso nasceva dal rifiuto del conservatore dei registri immobiliari al privato che chiedeva di trascrivere l'atto. Il privato, infatti, nel richiedere la trascrizione del *trust* interno, si vedeva opposto il rifiuto del conservatore, che fondava le sue ragioni nel numero chiuso degli atti trascrivibili.

Più di una volta, quindi, la giurisprudenza era stata posta dinanzi al problema della trascrivibilità del *trust* interno, cioè quella forma di *trust* che non ha elementi di collegamento con ordinamenti stranieri, i cui elementi caratterizzanti, i soggetti che ne sono protagonisti e i beni oggetto del trust stesso sono tutti in Italia.

In particolare, il problema si pone in quanto, non avendo collegamenti internazionali con altri ordinamenti stranieri, c'è chi ritiene che ad esso non sia applicabile la Convenzione dell'Aja e la relativa legge di attuazione²⁵⁵.

Questa convenzione, infatti, ha dato una base normativa del *trust* applicabile anche agli stati "*no trust*", imponendo cioè anche a quegli Stati che non lo conoscevano in via generale, di recepirlo e riconoscerlo.

La maggioranza degli interpreti²⁵⁶, però, ha per lungo tempo sostenuto che la convenzione dell'Aja è norma di diritto internazionale privato e quindi si occupa di fattispecie che afferiscono a tale branca dell'ordinamento, per tali intendendosi quelle che presentano elementi di collegamento con gli ordinamenti stranieri.

Il diritto internazionale privato, si afferma, ha una funzione strumentale, nel senso che

²⁵³ M. LUPOI, *Trusts*, cit., 527 ss.

²⁵⁴ F. GALGANO, *Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società*, in *TAF*, 2002, p. 334, che fa riferimento alla limitazione di responsabilità della quale fruisce il trustee che può rispondere delle obbligazioni sorte nell'adempimento del suo ufficio, coi soli beni in trust; *contra* G.C. RINALDI, *Il riconoscimento dei trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *GC*, 2011, p. 13, che non ritiene sufficiente la ratifica della convenzione ma necessaria una legge ordinaria.

²⁵⁵ M. LUPOI, *I trust nel diritto civile*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile – I diritti reali*, Torino, 2004, II.

²⁵⁶ M. LUPOI, *Trust*, Milano, 2001; L. PICCININO, *Trust, fiduciarie e società estere: cenni*, in M. TUPPONI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2014.

è un insieme di norme che servono a individuarne altre, cioè sono norme che individuano altre norme applicabili a fattispecie che presentano elementi di collegamento con altri ordinamenti.

Quando il giudice nazionale si trova decidere in merito ad una fattispecie che presenta un collegamento con un ordinamento straniero, allora si pone il problema di capire quale norma debba essere applicata tra quella interna e quella dell'ordinamento straniero. Il diritto internazionale privato, quindi, risolve questo problema, stabilendo quale sia la norma applicabile in caso di fattispecie che presentano elementi di internazionalità.

Ne consegue che esso non è un diritto con carattere precettivo autonomo, ma solo strumentale.

In conseguenza a tale premessa, allora, la convenzione dell'Aja sul *trust* è una convenzione di diritto internazionale privato che serve a disciplinare il *trust* internazionale, cioè quello non tutto italiano, ma solo quello che presenta elementi di internazionalità: soggetti partecipanti e beni oggetto del *trust* di nazionalità differenti. In questo caso, allora, se nasce una controversia e il giudice italiano si trova a dover decidere di situazioni e contratti che l'ordinamento italiano propriamente non conosce, può decidere applicando una norma individuata dal diritto internazionale privato (nella specie, appunto, la Convenzione dell'Aja).

Appare evidente, allora, che l'ammissibilità del *trust* internazionale è fuori discussione: laddove il giudice italiano, ad esempio, si trovi a dover decidere di un *trust* inglese perché il bene o uno dei beneficiari risiede in Italia, lo farà applicando la norma desumibile dalla convenzione dell'Aja secondo cui di solito si applicano le norme stabilite dalle parti o, in mancanza, quelle relative al luogo con cui il *trust* presenta un collegamento più forte.

Il vero problema è, piuttosto, quello relativo al *trust* interamente interno.

Una parte della dottrina²⁵⁷, infatti, ritiene che la convenzione dell'Aja comunque fornisca una base normativa anche al *trust* interno; altri invece lo ritengono una fattispecie inammissibile in quanto contrastante con alcuni principi fondamentali dell'ordinamento civile, in particolare con riferimento alla tipicità dei diritti reali, atteso che la proprietà del *trustee* è una proprietà fiduciaria dove il vincolo non è meramente obbligatorio ma

²⁵⁷ A. REALI, *La fiducia e il trust*, in A. GAMBARO e U. MORELLO (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012.

reale e dove il beneficiario del *trust* è titolare di una pretesa che qualcuno ritiene essere reale, cioè la possibilità di andare a rintracciare il bene laddove del bene si sia fatto un uso non compatibile con il vincolo di destinazione impresso dal *trust*.

Sorge, poi, il problema della separazione patrimoniale e della conseguente limitazione della responsabilità patrimoniale, in quanto il bene oggetto del *trust* non è aggredibile dai creditori e quindi il proprietario fiduciario risponde in conseguenza del *trust* delle obbligazioni non più con tutto il suo patrimonio.

Si crea, infatti, un fenomeno di separazione patrimoniale in forza del quale i creditori, i cui crediti sono sorti da negozi nati per scopi diversi da quelli del *trust*, non possono aggredire i beni di quest'ultimo, in deroga al principio dell'universalità patrimoniale, secondo cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni²⁵⁸. Quindi non c'è dubbio che il *trust* possa potenzialmente collidere con questi principi generali: tipicità dei diritti reali, universalità del patrimonio con conseguente limitazione della responsabilità e tipicità della trascrizione, in quanto per rendere operativo il *trust* è necessario trascriverlo e se non si può fare allora diventa tutto inutile²⁵⁹.

Sembra interessante ricordare, a questo punto, che l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. all'interno dell'ordinamento ha inciso in maniera significativa sul dibattito.

Secondo una parte della dottrina, per effetto dell'art. 2645 *ter* c.c. l'Italia, ai fini di quanto prevede l'art. 13 della Convenzione dell'Aja, non è più qualificabile come Stato “*non trust*”.

Ciò in quanto l'istituto disciplinato dalla nuova norma, pur non essendo paragonabile al *trust* di matrice anglosassone, diffuso nei sistemi di *common law*, possederebbe, tuttavia, gli elementi minimi ed essenziali del *trust* quali individuati dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja.

Va premesso, invero, che la suddetta Convenzione accoglie una nozione minima di “*trust*”, che non coincide con quella del diritto anglosassone: ciò in quanto la Convenzione ha inteso regolamentare anche istituti analoghi al *trust*, compresi quelli creati da ordinamenti di *civil law*.

Così, l'art. 2 già menzionato, dispone che “*ai fini della presente Convenzione, per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi*

²⁵⁸ L. SANTORO, *Il Trust in Italia*, Milano, 2009, II.

²⁵⁹ E. GRANDE e F. VEDANA, *Il Trust*, in M. SALVATORE (a cura di), *Introduzione all'Istituto del Trust*, O.D.C.E.S., 2012, Quaderno 44.

o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo del trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

Il successivo par. 2 dell'art. 2, poi, specifica quelle che sono le caratteristiche del *trust*: “a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del *trust* sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge”.

Partendo da tale nozione minima, quindi, alcuni autori hanno concluso che, con l'art. 2645 *ter* c.c., sia stato definitivamente introdotto, nell'ordinamento giuridico italiano, l'istituto del *trust*.

Gli elementi indefettibili di quest'ultimo, infatti, sarebbero tutti presenti nella fattispecie di destinazione patrimoniale regolata dalla legge italiana.

Ricorrerebbe, infatti, anzitutto l'effetto di separazione patrimoniale e la conseguente funzionalizzazione, opponibile ai terzi, della proprietà allo scopo di destinazione²⁶⁰.

Non sembra dubbia neanche la capacità del gestore del patrimonio separato di agire nella propria qualità, sia giudizialmente che dinanzi a notai e pubbliche autorità. D'altra parte, il fondamento nel diritto italiano del potere-dovere di amministrazione in capo al gestore può essere agevolmente rinvenuto nello stesso art. 2645 *ter* c.c., nella parte in cui prevede che sia il disponente che qualunque interessato possono agire per la realizzazione degli interessi cui la destinazione è finalizzata.

Questa previsione, infatti, presuppone che il gestore sia obbligato ad utilizzare i beni in funzione esclusiva del fine di destinazione e risponda nei confronti dei beneficiari, ed eventualmente del disponente, per l'eventuale inadempimento.

Neanche può dubitarsi dell'attribuzione al gestore del controllo sui beni. Il distacco del disponente dai beni destinati appare imprescindibile, ancorché non sia espressamente previsto dall'art. 2645 *ter* c.c. ed è indispensabile al fine di sfuggire alla diversa qualificazione del rapporto in termini di mandato.

Del resto, lo stesso articolo in commento, attribuendo un autonomo potere di agire per la realizzazione del fine di destinazione, oltre che al conferente, a “qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso”, implica anche il possibile esercizio

²⁶⁰ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 650.

dell'azione contro la volontà del conferente.

Un tale effetto, trascendendo il mero interesse negoziale del disponente, evidenzia l'interesse generale all'attuazione del vincolo, ed inevitabilmente evoca la disciplina degli uffici di diritto privato, bastando a differenziare tipologicamente l'atto di destinazione dal mandato, in cui è decisivo e prevalente l'elemento dell'agire "per conto" del mandante, alle cui istruzioni il mandatario deve, tendenzialmente, attenersi.

Quanto all'effetto segregativo, è importante rilevare che la Convenzione dell'Aja non pone i beni del *trust* al riparo dalle azioni dei creditori personali del disponente, ma solo di quelli del *trustee*.

Sebbene l'art. 2645 *ter* c.c. disponga in generale che i beni conferiti e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per lo scopo di destinazione, schermandoli apparentemente rispetto a qualsiasi creditore che abbia contratto per scopi diversi, una parte della dottrina²⁶¹ sostiene che, per ragioni sistematiche, anche nel contesto dell'ordinamento italiano la protezione operi soltanto rispetto ai creditori personali del gestore.

4. I vincoli di destinazione fiduciaria

La trattazione dei vincoli di destinazione non può prescindere da una constatazione preliminare. L'ordinamento sancisce, attraverso l'art. 2740 c.c., l'universalità della garanzia patrimoniale del debitore, prevedendo che egli risponda "*con tutti i suoi beni presenti e futuri*".

A ciò deve aggiungersi che il comma 2 della suddetta disposizione prevede con norma imperativa che non sono ammesse limitazioni di responsabilità se non nei casi previsti dalla legge. La *ratio* dell'art 2740, comma 2, c.c. è nota, proponendosi di impedire che limitazioni disinvolute della responsabilità patrimoniale possano porre nel nulla il vincolo giuridico²⁶². Dal comma 2 si desume non solo che non è possibile limitare la responsabilità del debitore, ma non è possibile neanche escludere alcuni o tutti i beni del debitore dal potere del creditore di aggredirli.

²⁶¹ T. GALLETTI, *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Nuovo. dir. soc.*, 2012.

²⁶² L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger (artt. 2740 – 2744), Milano, 1991, pp. 34 ss.

La norma si pone in linea di continuità con l'art 1229 c.c., che prevede la nullità delle clausole di limitazione della responsabilità per dolo o colpa grave. Da qui il principio di universalità e di unitarietà: oggetto della garanzia patrimoniale devono essere tutti i beni, non ammettendosi limitazioni.

L'art. 1229 c.c., infatti, non si rivolge alla sfera dei beni aggredibili, ma all'ambito della responsabilità. Sono due norme che hanno ambiti applicativi differenti: l'art. 2740 c.c. guarda al novero dei beni aggredibili (tutti, nessuno escluso); l'art. 1229 c.c. guarda all'ambito della responsabilità, tant'è che richiama gli istituti giuridici del dolo e della colpa grave.

Orbene la garanzia patrimoniale può essere limitata in due modi differenti su un presupposto comune: che deve essere la legge a prevederla. Il motivo è evidente: è così importante la garanzia patrimoniale per come l'abbiamo descritta che evidentemente ogni limitazione a questa deve essere il frutto di una scelta consapevole del legislatore. Le limitazioni alle garanzie patrimoniali possono avvenire in due modi differenti: attraverso la creazione di patrimoni destinati ovvero mediante la creazione di garanzie patrimoniali²⁶³.

Prendendo il patrimonio unico del debitore, caratterizzato dal principio di unitarietà (o di unità), si scompone in tanti patrimoni quante sono le funzioni che a questi si vogliono attribuire. Non è più un'unica massa, ma tante masse a cui corrispondono tanti creditori²⁶⁴.

Un secondo modo nasce da scelte legislative che limitano la garanzia patrimoniale generalmente per due ragioni, o per la particolare natura del debito o perché, sempre per la particolare natura del debito, questo in realtà riguarda altre persone rispetto al debitore.

Primo esempio, relativo alla particolare natura del debito: debiti particolari, come beni di prima necessità, non entrano nella garanzia patrimoniale. In questo caso è il legislatore che sceglie di sottrarre tali beni alla garanzia patrimoniale, perché tra la tutela del creditore da un lato e la tutela della dignità della persona dall'altro, preferisce quest'ultima. La natura particolare del debito in questo caso impone la sottrazione del debito alla garanzia patrimoniale.

²⁶³ V. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 570; B. MASTROPIETRO, *Profili dell'atto di destinazione*, *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 994.

²⁶⁴ M. MOLINARI, *Gli effetti della trascrizione dell'atto di destinazione nei confronti dei creditori e dei terzi aventi causa*, testo dattiloscritto della relazione agli atti del convegno organizzato da Paradigma a Milano il 22 maggio 2006.

Ma c'è tutta un'altra serie di beni che sono sottratti alla garanzia patrimoniale ovvero i beni demaniali e i beni indisponibili, sottratti anche questi per la particolare natura del bene.

Altre forme di limitazione alla garanzia patrimoniale derivano dalla particolare posizione del debitore che la eredita da altro soggetto. Esempio classico sono le forme di limitazione soggettiva in favore dell'erede che accetta l'eredità con beneficio di inventario; l'erede non risponde dei debiti del *de cuius ultra vires hereditatis*, ovvero oltre i beni ereditati. Questa è una limitazione di responsabilità evidente.

Ancora, altro esempio, sempre connesso al diritto delle successioni è il legato: il legatario è tenuto ad adempiere gli oneri dei *sub* legati solo e non oltre il valore di quanto ricevuto. Anche in questo caso la limitazione c'è perché sono debiti che il soggetto ottiene in nome di altri soggetti.

Quindi è possibile affermare che le limitazioni alla responsabilità patrimoniale possono derivare o dal macrofenomeno dei patrimoni destinati, oppure da scelte legislative che per determinate ragioni sottraggono beni alla garanzia patrimoniale.

Il problema della limitazione della garanzia patrimoniale attraverso i negozi di destinazione patrimoniale, in particolare, è un fenomeno che è tra i più attuali possibili, anche in virtù della implementazione dei negozi di destinazione patrimoniale, che, a sua volta, trascina con sé un quesito, non ancora risolto: se l'originaria nozione di garanzia patrimoniale, per come descritta, continui a mantenere la sua originaria struttura o stia lentamente mutando.

Il fenomeno dei negozi di destinazione patrimoniale è un fenomeno che è esploso recentemente ed è molto eterogeneo, capace di inglobare al suo interno tutta una serie di ipotesi.

Ed infatti, uno dei reali problemi dei negozi di destinazione patrimoniale è quello di capire quali sono i tratti comuni, imprescindibili, dei negozi di destinazione patrimoniale²⁶⁵.

Parte della dottrina²⁶⁶ sostiene che il principio di garanzia patrimoniale è oggi un principio più declamatorio che di sostanza reale.

²⁶⁵ A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 153.

²⁶⁶ G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale; qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2007, II, p. 398; G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in *Negozi di Destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 134.

I negozi di destinazione patrimoniale, infatti, hanno una comune caratteristica: realizzano un vincolo di destinazione su determinati beni del patrimonio del debitore e così sottraggono i beni vincolati alla garanzia patrimoniale generica dei creditori personali del debitore²⁶⁷.

Si tratta di atti che veicolano i beni al soddisfacimento di uno scopo determinato, facendo sì che solo i creditori sorti dopo quel determinato scopo possono soddisfarsi su quel patrimonio²⁶⁸.

Gli atti di destinazione tracciano due categorie di creditori: da un lato quelli generali del debitore che non possono soddisfarsi sui beni vincolati; dall'altro quelli legati ai beni vincolati che possono soddisfarsi, attenzione, sia sui beni vincolati, sia sugli altri beni, salvo, naturalmente, ipotesi di segregazione bilaterale, in cui il patrimonio è immaginato solo per quei creditori che non possono neanche soddisfarsi sugli altri beni, ma la regola non è questa.

La regola è favorire quei creditori, in un certo senso speciali, che possono soddisfarsi sia sui beni vincolati, sia sui beni di tutti quanti del debitore.

Così costruita la questione, i danneggiati da questa vicenda patrimoniale sono i creditori generali del debitore, nei cui confronti si va a ridurre la garanzia patrimoniale generica. Ma occorre un'altra precisazione. Il più delle volte il problema si pone nei confronti dei creditori generali, creditori non garantiti da una garanzia reale, perché, per converso, per quelli garantiti da una garanzia reale (pegno e ipoteca) ovviamente il credito è privilegiato su quel determinato bene e dunque problemi di limitazione della garanzia patrimoniale generica non si pongono. Se il bene è vincolato ad un determinato creditore, perché vi è una garanzia reale (come pegno e ipoteca), si tratta di creditori privilegiati che se il debitore è inadempiente, si soddisfaranno direttamente sul bene vincolato.

Ne consegue che il tema della lesione della garanzia patrimoniale riguarda i creditori generali che vengono potenzialmente danneggiati da atti di destinazione patrimoniale che privilegiano i creditori particolari. Da questo tema restano fuori i creditori privilegiati che si soddisfano sui beni su cui insiste la garanzia reale, come il pegno e l'ipoteca.

²⁶⁷ C.M. M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Rivista del notariato*, 5/2006, II, p. 1183.

²⁶⁸ S. BARTOLI, *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur.it*, 5/2007, p. 1301.

Su queste premesse è sorto il dibattito sui negozi di destinazione. Si tratta di una categoria eterogenea, perché se il tratto comune è l'aver impresso al bene un vincolo di destinazione, in realtà, le vicende negoziali possono essere le più disparate. E infatti su queste basi dalla prassi si può dire che il dubbio si pone sul se possono rientrare tra gli atti di destinazione tutta una serie di ipotesi: quelli richiamati dal 2645 *ter*, il *trust*, il negozio fiduciario, il contratto di affidamento fiduciario.

Sono tutti potenzialmente negozi di destinazione patrimoniale dannosi per i creditori generali.

La sensazione che i negozi di destinazione possano, almeno in astratto, riguardare tutte le ipotesi richiamate, nasce dal fatto che il negozio di destinazione, il *trust*, il contratto di affidamento fiduciario, si caratterizzano, pur avendo delle differenze, per un dato pacificamente comune: in tutti i casi il bene è vincolato ad uno specifico obiettivo. Sono tutti e tre negozi di destinazione.

È importante, però, capire come questi istituti incidano sulla garanzia patrimoniale e che tipi di rimedi il creditore può attivare nei confronti di tali atti.

A tal fine può essere utile affrontare, specificamente, l'ipotesi più classica di atto di destinazione, che è quello del più volte citato art. 2645 *ter* c.c.

Tale norma, secondo molti²⁶⁹ fonderebbe l'ammissibilità dei negozi di destinazione patrimoniale.

Attraverso i negozi di destinazione patrimoniale, infatti, si imprime un vincolo di scopo al bene (sul quale si può soddisfare solo quel creditore sorto dopo il vincolo di scopo). In realtà, dall'impianto generale del sistema sembrerebbe che i negozi di destinazione patrimoniale ammissibili sono i negozi di destinazione patrimoniale che presentano un *quid pluris* rispetto alla semplice destinazione del bene ad un determinato scopo, atteso che l'art. 2740, comma 2, c.c. vede con sfavore qualunque limitazione alla garanzia patrimoniale.

Ecco perché dire che i negozi di destinazione patrimoniale sono ammissibili *sic et simpliciter*, perché sono espressione dell'autonomia negoziale, probabilmente costituisce una conclusione affrettata.

²⁶⁹ M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato - Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; B. GRASSO, *L'art. 2645 ter e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in Riv. del notariato, 5/2006, p. 1196.

Ebbene, esaminando l'art. 2645 *ter* c.c. emergono degli elementi che meritano una riflessione: in particolare l'interprete è indotto a ritenere che la chiave di volta per questo tipo di negozi sia quella di consentire di far sorgere un vincolo di destinazione su un bene solo a condizione che il negozio sia caratterizzato da una meritevolezza particolarmente qualificata.

In una logica di contemperamento di opposti interessi, da un lato quello del creditore a mantenere solida una garanzia patrimoniale ampia, e dall'altro interessi sociali particolarmente rilevanti, il legislatore dimostra che in alcuni casi dà prevalenza ai secondi. E infatti esaminando l'art. 2645 *ter* c.c. la norma fa desumere che sono trascrivibili i negozi che imprimono un vincolo di destinazione a determinati beni purché questi beni siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, pubbliche amministrazioni o altri enti o persone fisiche ex art 1322, comma 2, c.c.

La dottrina²⁷⁰ individua e focalizza l'attenzione sul primo passaggio di questa norma, ovvero che i negozi siano destinati a interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità o a pubbliche amministrazioni.

Secondo una ricostruzione²⁷¹ questo è un modo per dire che i negozi di destinazione patrimoniale sono ammessi solo se sottendono un interesse meritevole di tutela particolarmente qualificato. Solo così sarebbe possibile, infatti, ammettere una deroga a quanto statuito dall'art. 2740 c.c., che nascerebbe dal fatto che questo tipo di atti di destinazione, non essendo stati stipulati per interessi meramente personalistici e patrimoniali, ma per interessi sociali e altruistici, si sottrarrebbero a qualunque dubbio di frode al creditore.

Naturalmente dietro questa affermazione, accolta dalla maggior parte degli interpreti, se ne pone un'altra serie. Perché in realtà chi²⁷² sostiene questa ricostruzione evidenzia che la particolare meritevolezza degli interessi è necessaria non tanto per la validità di questi atti ma solo per la trascrivibilità di questi, per renderli opponibili a terzi. Vuol dire

²⁷⁰ S. D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1537; G. CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol I, Padova, 2007, p. 81.

²⁷¹ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, vol. LVI, p. 165.

²⁷² G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 19 giugno 2006, in www.scuoladnotariatodellalombardia.org.

che il negozio di destinazione privo di questa meritevolezza degli interessi sarebbe comunque valido, ma non opponibile.

Naturalmente il discorso non è di poco conto perché in questo ambito è fondamentale che il negozio di destinazione sia opponibile ai terzi.

Oggi si ritiene pacificamente che la disposizione in commento sia una norma sulla fattispecie e non sugli effetti, ancorché di collocazione poco felice. Ciononostante, comunque, deve ritenersi che, attraverso l'art. 2645 *ter* c.c., il legislatore abbia voluto semplicemente dimostrare che i negozi di destinazione patrimoniale sono ammissibili purché abbiano la struttura che la norma individua.

D'altra parte, l'orientamento interpretativo per cui la norma in commento sarebbe solo una norma sugli effetti presta il fianco a delle critiche, atteso che non esistono norme sui negozi di destinazione patrimoniale. Sostenere che sia una norma sugli effetti, vuol dire che si presuppongono norme sulla fattispecie, che, però, nel codice non ci sono.

Tutte quelle che disciplinano i negozi di destinazione, già ne prevedono la trascrizione e il regime di pubblicità. Quindi vuol dire che l'art. 2645 *ter* c.c. diventerebbe norma inutile, perché andrebbe a prevedere la trascrivibilità di un negozio non riconosciuto in generale. Quindi obiettivamente l'art. 2645 *ter* c.c. non può che essere norma sulla fattispecie, proprio perché deve colmare la lacuna dell'assenza di un'analoga norma sulla fattispecie prevista nel codice.

Questo argomento fortissimo si lega ad un'altra argomentazione: appare coerente il fatto che l'art. 2645 *ter* c.c. non consenta semplicemente la stipula dei negozi di destinazione, perché ciò dimostra la consapevolezza del problema insito all'interno dell'art. 2740, comma 2, che ne consente la stipula solo a determinate condizioni, su tutte quella sulla meritevolezza degli interessi.

Ecco perché si afferma²⁷³ che oggi i negozi di destinazione devono ritenersi ammissibili, anche per un altro motivo, perché in realtà esempi di negozi di destinazione si stanno nel corso del tempo diffondendo.

Il più famoso è il fondo patrimoniale, pacificamente un negozio di destinazione, che ha sostanzialmente l'anima dell'istituto di cui all'art. 2645 *ter* c.c., atteso che il fondo patrimoniale è un negozio, un patrimonio destinato, che normalmente un genitore, uno

²⁷³ U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. del notariato*, 5/2007, p. 1069.

dei due, costituisce per esigenze familiari, in favore dei figli, quindi gli interessi sottesi non sono solo patrimoniali, ma sono interessi anche familiari, protetti dalla Carta Costituzionale, e quindi si spiega in questo caso la deroga alla garanzia patrimoniale.

Lo stesso discorso si fa con i patti societari destinati ad uno specifico affare, pacificamente negozi di destinazione patrimoniale. Anche qui, è vero che la ragione è intimamente patrimoniale in questo caso, ed è questa la differenza, l'interesse non è mai meramente personalistico. In ambito societario, infatti, l'interesse del singolo è soverchiato dall'interesse della collettività societaria. Quindi, sotto questo punto di vista si spiega l'ammissibilità di queste forme di negozi di destinazione.

Ciononostante, residua ancora qualche dubbio sulla distinzione tra negozi di destinazione a carattere statico (autodichiarati) o dinamico (traslativo).

Anche se il punto di riferimento della disciplina fosse l'art. 2645 *ter* c.c., i dubbi comunque permarrebbero perché sostanzialmente la norma parla di conferente. Conferente farebbe pensare alla necessità che il bene sia trasferito. La norma parla di beni conferiti e non destinati.

Dal punto di vista letterale il negozio di destinazione dovrebbe essere a carattere traslativo. Ciononostante, sembra che la dottrina²⁷⁴ oggi sia orientata in senso opposto, non dando grande rilievo alla lettera della legge, che non è così inequivoca verso un risultato o verso l'altro, ed infatti richiede che il negozio di destinazione patrimoniale, con le caratteristiche viste, in astratto possa essere sia a carattere statico che a carattere dinamico.

Naturalmente il problema concreto si pone con i negozi a carattere statico, quelli autodichiarati, perché in quello traslativo è evidente la finalità altruistica, in quanto il titolare si spoglia del bene, imprimendo sul bene alienato il vincolo di destinazione.

Nel negozio di destinazione autodichiarato, invece, quando il dichiarante imprime un vincolo sul bene che resta nella sua disponibilità, sterilizza il bene, finendo per ottenere un risultato che l'art. 2740, comma 2, c.c. vieta, e cioè trasforma la garanzia patrimoniale da universale a unitaria, a garanzia patrimoniale speciale e settoriale.

All'indomani dell'adozione dell'art 2645 *ter* c.c., quindi, il dibattito sul se siano o meno ammissibili i negozi di destinazione autodichiarati ha ricevuto nuova linfa.

²⁷⁴ R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 229 ss.

Oggi ci sono molte voci favorevoli in tal senso²⁷⁵. La dottrina non li esclude *a priori*, ma dice solo che se il parametro è l'art. 2645 *ter* c.c., esso va valutato in concreto.

Non c'è dubbio che la maggior parte delle volte i negozi autodichiarati rischiano di essere nulli, perché dietro l'autodestinazione c'è sovente la volontà di eludere l'art. 2740 c.c.

Tuttavia, i negozi di destinazione autodichiarati possono realizzare un interesse non proprio ed esclusivo del disponente, ben potendo realizzare interessi meritevoli di tutela.

L'ultimo dubbio su questi negozi in generale afferisce alla natura del vincolo che deriva da questi negozi di destinazione.

Oggi l'orientamento largamente prevalente²⁷⁶ è che i negozi di destinazione diano vita ad un vincolo reale e non obbligatorio, dimostrato dal fatto che per come sono strutturati questo tipo di negozi presuppongono una maggiore tutela per il beneficiario.

5. Figure affini nel diritto d'oltralpe: profili di diritto comparato

Le figure affini nel diritto d'oltralpe sono una componente cruciale dell'organizzazione giuridica di molti Paesi europei. Sebbene il *trust* in sé sia un concetto principalmente anglosassone, paesi come la Francia e la Svizzera hanno sviluppato strutture legali analoghe per raggiungere obiettivi simili a quelli del *trust*.

In Francia, ad esempio, è possibile creare una “fiducia simile al *trust*” (*fiducie similaire au trust*) o una “fiducia gestita” (*fiducie-gestion*), che offre una flessibilità simile al *trust* anglosassone²⁷⁷.

Queste strutture consentono a un individuo di trasferire la proprietà di beni a un *trustee* per il beneficio di beneficiari specifici o per uno scopo determinato. Tuttavia, a differenza del *trust* inglese, la fiducia francese è soggetta a una supervisione giudiziaria più stretta.

Più precisamente, la “fiducia simile al *trust*” (*fiducie similaire au trust*) o la “fiducia gestita” (*fiducie-gestion*) costituiscono una figura giuridica che condivide alcune somiglianze con il *trust* anglosassone.

²⁷⁵ M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 60; G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 4.

²⁷⁶ A. NERI, *Inefficacia di un trust a danno dei creditori*, in *Trusts*, 2005, p. 62.

²⁷⁷ B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio e spunti per il Notariato italiano*, in *Immobili & proprietà*, 2008.

Questo strumento legale è stato introdotto in Francia nel 2007 con l'obiettivo di fornire una maggiore flessibilità nella pianificazione patrimoniale e nella gestione dei beni.

Tale vincolo fiduciario si costituisce attraverso un accordo tra il *settlor* (persona che trasferisce i beni) e il *trustee* (persona o entità incaricata della gestione dei beni). L'accordo deve essere fatto per iscritto e può essere revocabile o irrevocabile, a seconda delle scelte del *settlor*.

Quest'ultimo trasferisce i beni nella fiducia gestita, separandoli così dalla sua proprietà personale. Questi beni sono quindi gestiti dal *trustee* secondo le istruzioni fornite nell'accordo di fiducia.

Il *settlor* può designare beneficiari specifici o scopi beneficiari della fiducia. Il *trustee* è incaricato di distribuire i beni o utilizzarli per tali beneficiari o scopi, in linea con le disposizioni stabilite nell'accordo di fiducia.

Il *trustee* assume la responsabilità della gestione dei beni nella fiducia, che può includere investimenti, amministrazione e distribuzione dei fondi in conformità con le istruzioni fornite dal *settlor*.

Una caratteristica distintiva della fiducia gestita in Francia è la supervisione giudiziaria. Un tribunale giudiziario deve essere informato dell'esistenza della fiducia e della nomina del *trustee*. Questo tribunale può svolgere un ruolo di controllo e monitoraggio per garantire che la fiducia sia gestita in conformità con la legge e gli interessi dei beneficiari.

La fiducia gestita può avere una durata determinata o essere perenne, a seconda delle disposizioni stabilite nell'accordo di fiducia.

Anche la Svizzera conosce il fenomeno della separazione patrimoniale attraverso il vincolo fiduciario²⁷⁸.

In Svizzera, il “fondo di destinazione” (*fonds de destination*) è un'entità legale che assomiglia al *trust*. Consente a una persona di trasferire beni a un *trustee* per il beneficio di determinati beneficiari o scopi, consentendo una gestione professionale di tali attività. Anche in Svizzera, la supervisione legale è più stretta rispetto al *trust* inglese²⁷⁹.

²⁷⁸M. BODELLINI, *Le fiduciarie svizzere e le fiduciarie italiane al banco di prova del sistema antiriciclaggio*, in *Diritto del commercio internazionale*, gen.-mar. 2009, 23, p. 1.

²⁷⁹P. BOTTINI, G. LAVIZZARI, *Analisi del negozio fiduciario in Svizzera*, in A. BARBA e D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012.

Va premesso che il *fonds de destination* in Svizzera è un'entità giuridica che condivide alcune somiglianze con il trust anglosassone, ma è regolamentata dalla legislazione svizzera. Questa figura è stata introdotta per fornire un mezzo flessibile per la gestione e la protezione dei beni, ma ha alcune caratteristiche distinte.

Anzitutto, un fondo di destinazione inizia con la costituzione di un patrimonio separato da parte del fondatore (analogo al *settlor* nel *trust* anglosassone). Il fondatore trasferisce i beni nel fondo di destinazione, separandoli dalla sua proprietà personale. Questo trasferimento è governato da un atto di fondazione, che è un documento scritto.

Un elemento chiave del fondo di destinazione è l'amministratore (*trustee*), che è responsabile della gestione dei beni all'interno del fondo. L'amministratore può essere una persona fisica o giuridica e può essere nominato dal fondatore o dalla legge svizzera. L'amministratore agisce nell'interesse dei beneficiari o per uno scopo specifico stabilito nell'atto di fondazione.

Il fondo di destinazione può essere creato a beneficio di beneficiari specifici o per uno scopo particolare. I beneficiari possono essere individui, istituzioni o scopi beneficiari, a seconda delle disposizioni dell'atto di fondazione. I beneficiari hanno diritto ai benefici derivanti dal fondo.

Il fondo di destinazione può essere stabilito per una durata determinata o perenne, a seconda delle disposizioni dell'atto di fondazione.

A differenza del trust anglosassone, il fondo di destinazione in Svizzera è soggetto a una maggiore supervisione legale. L'atto di fondazione e le operazioni del fondo sono soggetti a una stretta vigilanza da parte delle autorità svizzere²⁸⁰.

I fondi di destinazione possono essere utilizzati per vari scopi, tra cui la pianificazione patrimoniale, la protezione degli attivi, la filantropia o scopi commerciali. La flessibilità nell'uso dei fondi di destinazione li rende adatti a una vasta gamma di situazioni.

Queste figure affini al trust nel diritto d'oltralpe dimostrano l'adattabilità dei sistemi legali europei nel soddisfare le esigenze di pianificazione patrimoniale e successoria dei cittadini. Tuttavia, è importante notare che ciascuna di queste figure ha regole specifiche e requisiti legali che devono essere rigorosamente seguiti per garantire la validità e l'efficacia delle strutture, il che le differenzia significativamente dal trust anglosassone. La scelta tra queste opzioni dipende dalla giurisdizione e dalle circostanze individuali, ed

²⁸⁰ R. GALULLO, *La Svizzera e le fiduciarie oscure*, nel *Sole24Ore*, 31 Luglio 2017.

è fondamentale ottenere consulenza legale esperta prima di intraprendere qualsiasi operazione di pianificazione patrimoniale.

Bibliografia

- AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, (a cura della) Fondazione italiana del Notariato, Milano, 2017.
- AA.VV., *I poteri privati e il diritto della regolazione*, (a cura di) Sirena e Zoppini, Roma, 2018.
- ABRIANI N., *Il capitale sociale dopo la "nuova" Seconda Direttiva e il d.lg. 4 agosto 2008, n.142: sulla c.d. "semplificazione" della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *RDImp*, 2009, II.
- ALCARO F., *Mandato e fiducia*, in *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, (a cura di) Tondo, Torino, 2007.
- ALCARO F., *Programma e attività nell'affidamento fiduciario e nel trust*, in *Trusts*, 2021.
- ALCARO F., *Unità del patrimonio e destinazione dei beni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, (a cura di) C.M. BIANCA, Milano 2007.
- ALLARA M., *La proprietà temporanea*, in *Il Circolo giuridico*, 1930.
- AMBROSINI A., *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto civile moderno*, III, Roma, 1917.
- AMORE G., *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella « legge sul dopo di noi »*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.
- AMORE G., *Trust, vincoli di destinazione e affidamento fiduciario nella legge del «dopo di noi»*, in *Stud. jur.*, 2019.
- ANDRINI M.C., *Le situazioni affidanti e la c.d. legge « dopo di noi » (L. n. 112/2016). Parte prima: il trust e l'art 2645-ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996;
- ANNIBALI M., *Il regime civilistico e fiscale del trust*, in *Il fisco*, 16 / 2006.
- ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007.
- ARQUILLA N., *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corriere tributario*, 2007.

- ASCARELLI T., *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930.
- ASCARELLI T., *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Città di Castello, 1930.
- ASQUINI A., *Titoli di credito*, Padova, 1966.
- ATLANTE N., CAVALAGLIO L., *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge « Dopo di noi »: una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. not.*, 2017.
- AURICCHIO A., voce *Autorizzazione (dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.
- AZZARRI F., *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.6.2016, n. 112*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II.
- BANCONE V., *Negozi fiduciari e trust: le precisazioni in tema d'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Amministrazione e Finanza*, 11 / 2008;
- BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c., in Negozio di Destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962.
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger (artt. 2740 – 2744), Milano, 1991.
- BARTOLI S., *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 5/2007.
- BARTOLI S., *Trust, art. 2645 ter c.c. e contratto di fiducia di cui alla decaduta norma del disegno di legge comunitaria 2010*, in AA.VV., *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, (a cura di) A. BARBA e D. ZANCHI, Torino, 2012.
- BATTISTELLA L., *Il contratto di affidamento fiduciario: una figura da costruire*, in *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, (a cura di) Bassetti, Torino, 2017.
- BELLOCCI N., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana, I. Le nuncupationes*, Napoli, 1979.
- BELVEDERE A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.
- BERTOLDI F., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012.

- BERTOLDI F., *La fiducia cum amico*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, (a cura di) L. Peppe, Roma 2008.
- BESSONE M., *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979.
- BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1967.
- BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943;
- BIANCA C. M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014;
- BIANCA C. M., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002.
- BIANCA C. M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996.
- BIGLIAZZI GERI L., *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Diritto Privato, 1, Milano, 1998.
- BIGLIAZZI GERI L., *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998.
- BIGLIAZZI GERI L., *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982.
- BODELLINI M., *Le fiduciarie svizzere e le fiduciarie italiane al banco di prova del sistema antiriciclaggio*, in *Diritto del commercio internazionale*, gen.-mar. 2009.
- BOTTA C., *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010.
- BOTTINI P., LAVIZZARI G., *Analisi del negozio fiduciario in Svizzera*, in BARBA A. e ZANCHI D. (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino, 2012.
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958.
- BRECCIA U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 1999.
- BUCCIANTI G.L., *Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico*, in *Rivista di dir. civile*, 2023.
- BUDA E., *Mandato e trasferimento immobiliare*, in *I Contratti*, n. 3/2016.

- BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; LENER A., voce *Potere e potestà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- BURDESE A., *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.
- BURDESE A., voce *Fiducia (dir. romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961.
- BUSANI A., *La tassazione dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione e del trust liquidatorio*, in *Corriere tributario*, 2013.
- CALVO R., *Forma, effetti traslativi e opponibilità dei negozi gestori nomine proprio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016.
- CALVO R., *La fiducia testamentaria*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, (a cura di) Calvo e Ciatti, Torino, 2014.
- CAMILLERI E., *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, Anno II, Numero I, 29 marzo 2015.
- CAMPAGNOLO R., *Il negozio fiduciario tra tradizione romanistica e germanistica*, in *Obbl. e contr.*, 4/2007.
- CAMPOSEO V.R., *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note sugli aspetti civilistici della L. n. 112/2016 (c.d. « dopo di noi »)*, in *Notariato*, 2017.
- CARBONE S.M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000.
- CARIOTA-FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARNEVALI U., *Lineamenti di diritto privato*, (a cura di) M. BESSONE, Torino, 2000.
- CARNEVALI U., voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di Diritto Privato* (a cura di) Irti, 1, Diritto Civile, Milano, 1980.
- CARON A., *Società fiduciarie, intestazione fiduciaria e riserva di attività*, in *Diritto e pratica delle società*, 2007.
- CARUSI F., *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947.

- CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto medioevo*, Bari, 1950, pp. 141 ss.;
- CECCHINI A., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991.
- CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato - Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010;
- CERRI F., *Trust, affidamento fiduciario e fiducie. Tre modi di declinare la fiducia nel quadro del diritto europeo*, Milano, 2015.
- CERUTTI G., *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti M&A*, in AA. VV., *I contratti di acquisizione di società e aziende*, a cura di U. DRAETTA e C. MONESI, Milano, 2007.
- CHECCHINI A., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I.
- CHINALE A., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.
- CHINÈ G., *Brevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e pactum fiduciae a confronto*, in *Giur. it.*, 1994.
- CIAN G. - TRABUCCHI A., *Commentario Breve al Codice civile*, XIII ed., Milano, 2018.
- CIAN G., *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol I, Padova, 2007.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- CORASANITI G., *"Profili impositivi dell'intestazione fiduciaria"*, in *Dir. prat. trib.*, n. 4/2009.
- CORSI F., *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988.
- CRISCUOLI G., *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983.
- D'AGOSTINO S., *Il negozio di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007.

- D'AVANZO W., *Istituzioni di diritto civile*, Roma, 1950.
- DE ANGELIS L. e GUACCERO P., *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003.
- DE GENNARO G., *I contratti misti*, Padova, 1934.
- DE MARTINI A., *Negozi fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, XXII, 1946.
- DE NOVA G., *Trust: negozio istitutivo e negozio dispositivo*, in *Relazione al Congresso Nazionale dell'associazione "Il Trust in Italia"*, Novembre 2000.
- DE RUGGIERO R., MAROI F., *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1961.
- DE SEMO G., *Istituzioni di diritto privato*, Firenze, 1955, p. 202;
- DI CHIO G., *Società fiduciarie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, VII.
- DI CIOMMO F., *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, *Il Corriere Giuridico*, 6/1999.
- DI LANDRO A.C., *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010.
- DI LANDRO A.C., *Destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018.
- DI LANDRO A.C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.
- DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
- DI MAURO E.W., *Fiducia, trust e contratto di affidamento fiduciario tra San Marino e Italia*, in *Riv. dir. priv.*, 2019.
- DI RUSSO D., *Trust, nuove opportunità*, in *Azienditalia*, 3/2008.
- DIURNI G., *Le situazioni possessorie nel medioevo, Età longobardo-franca*, Milano, 1988.
- FEDERICO A., *Uso "indiretto" del negozio giuridico*, Napoli, 2001.
- FERRARA F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, V ed., Roma, 1922.
- FERRARA F., *Negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Dottrine generali, Parte I, Roma 1921.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FERRO-LUZZI P., *Disciplina delle attività fiduciarie*, in *Giur. comm.*, 1986.
- FORCHINO A., «*Pactum fiduciae*» e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto, in *Giur. it.*, 2000.
- FRANCESCHINI B., *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio e spunti per il Notariato italiano*, in *Immobili & proprietà*, 2008.
- FRATINI M., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2020.
- FREZZA P., *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano 1974.
- FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.
- GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.
- GAFFURI G., ALBERTINI N., *Costituzione del trust e trasferimento dei beni*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale - Le obbligazioni e i contratti*, tomo primo, Padova, 1993.
- GALGANO F., *Diritto privato*, XV ed., Padova, 2012.
- GALGANO F., *Shopping del diritto, trust interno, gruppi di società*, in *TAF*, 2002.
- GALLARATI A., *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010.
- GALLARATI A., *La protezione del patrimonio delle persone deboli*, in *Il trust: criticità, correzioni, sviluppi*, (a cura di) R. Bassetti, Torino, 2017.
- GALLETTO T., *Il trust a scopo di garanzia e le nuove prospettive nell'ordinamento interno*, in *Nuovo. dir. soc.*, 2012.
- GALULLO R., *La Svizzera e le fiduciarie oscure*, nel *Sole24Ore*, 31 Luglio 2017.
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, vol. 1, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1995.
- GAMBARO A., *Trust*, in *Digesto/civ.*, XIX, Torino, 1999.
- GAMBINI M.L., *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998.
- GAZZARA G., voce *Fiducia testamentaria*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I.

- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001.
- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, vol. LVI.
- GENTILI A., *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982.
- GENTILI A., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010.
- GENTILI A., *La fiducia: tipi, problemi (e una proposta di soluzione)*.
- GENTILI A., *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1978, passim; Id., *La fiducia, Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007.
- GILMORE G., *La morte del contratto*, trad. di A. Fusaro, Milano, 1989.
- GINEVRA E., *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, in AA.VV., *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario - Atti del Convegno, Bergamo 22-23 aprile 2012*, (a cura di) E. Ginevra, Milano 2012.
- GIORGIANNI M., *Diritti reali, (diritto civile)*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, Torino.
- GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. ital. sc. giur.*
- GIORGIANNI M., (voce) *"Causa"*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960.
- GORLA G., *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.
- GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936.
- GRASSO B., *L'art. 2645 ter e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Riv. del notariato*, 5/2006.
- GRAZIADEI M.G., *Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990.
- GRAZIANI A., *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933.
- GRECO P., *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1932, I.
- GRIMALDI M., *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990.

- GRONDONA M., *Agency e trust; mandato e fiducia: istituti a confronto*, in *Trusts*, 2000.
- GROSSO, voce *Fiducia (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- GRUNDMANN S., *Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand*, München, 1997.
- GUERRIERI G., *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, 2022.
- IACCARINO G., *L'opportunità di un contratto di fiducia tipico*, in *Notariato*, 2014.
- IRTI N., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli, in La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988.
- JANNUZZI A., *Le società fiduciarie*, Milano, 1988.
- LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994.
- LA PORTA U., *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
- LA ROSA E., *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. Dir.*, Milano XL, Milano, 1984.
- LASCIALFARI M., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004;
- LENZI R., *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contratto e impresa*, 2007.
- LICIANI C., *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996.
- LIPARI N., *Fiducia statica e trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1996.
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LUMINOSO A., *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *RN*, 2008.
- LUMINOSO A., *Intestazione di quota societaria: negozio fiduciario e mandato a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 2011.
- LUPOI M., *La sfida dei trusts in Italia*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1996.

- LUPOI M., *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2010.
- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001.
- LUZZATTO R., *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *TAF*, 2000.
- MAJELLO U., *Il deposito nell'interesse del terzo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961.
- MANES V., *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002.
- MARASÀ G., *Considerazioni introduttive sul d.lgs. n. 142/2008 di attuazione delle modifiche alla seconda direttiva comunitaria in materia di s.p.a.*, in *NGCC*, 2009, II.
- MARCHETTI F., *Luci e ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica*, in *AA.VV., Scritti in onore di Francesco Capriglione*, II, Padova, 2010.
- MARÈ T., *Trust e scissione del diritto di proprietà*, in *Corr. Giur.*, 1995.
- MARICONDA V., *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988.
- MARINELLI F., *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica*, in *Giust. civ.*, 1995, II.
- MARRA P., *Fiduciae causa*, Padova, 2018.
- MARTUCCI R., *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, in *Riv. dir. comm.*, 1991.
- MASTROIACOVO V., *Il mandato ad alienare tra limiti ordinamentali e pregiudizi fiscali*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2018.
- MASTROPAOLO E. M., *La fiducie nel diritto positivo francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.
- MASTROPIETRO B., *Profili dell'atto di destinazione*, *Rassegna di diritto civile*, 2008.
- MESSINA G., *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, oggi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957.

- MEZZANOTTE F., *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, in *Pol. dir.*, 2018.
- MINERVINI E. e RUGGERI L., *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, ESI, 2016.
- MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F VASSALLI., vol. VIII, tomo I, Torino, 1957.
- MIRABELLI G., *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. not.*, 1955.
- MOLINARI M., *Gli effetti della trascrizione dell'atto di destinazione nei confronti dei creditori e dei terzi aventi causa*, testo dattiloscritto della relazione agli atti del convegno organizzato da Paradigma a Milano il 22 maggio 2006.
- MONTINARO R., *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004.
- MORELLO U., *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in *I Trusts in Italia oggi*, a cura di Beneventi, Milano, 1966.
- MOSCATI E., *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario (ovvero come rivive una norma del codice civile)*, in *Riv. not.*, 2020.
- MURITANO D., *La Legge n. 112/2016 sul «Dopo di noi»: impressioni, proposte*, in *Studi e materiali*, 2017, 1-2.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1965.
- NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.
- NERI A., *Inefficacia di un trust a danno dei creditori*, in *Trusts*, 2005.
- NICOLÒ R., *Della conservazione della garanzia patrimoniale (artt. 2901-2904)*, in *Comm. Scialoja-Branca (art. 2900-2969)*, Bologna-Roma, 1953.
- NICOLÒ R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I.
- NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007.
- OBERTO G., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. impr. EU*, 2007.
- OPPO G., *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I.

- OPPO G., *Riflessioni Preliminari*, in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, (a cura di) C. M. Bianca, Milano, 2007.
- PALAZZO A., *Fiducia testamentaria segreta e semisegreta*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, 2.
- PALERMO G., *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998.
- PALERMO G., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I.
- PANUCCIO V., *Per una teoria della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1965.
- PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts*, 2020.
- PATRONE M., *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene in esecuzione in forma specifica*, in *I Contratti*, 1, 2015.
- PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981.
- PEPPE L., *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, (a cura di) L. Pepe, Padova, 2008.
- PERLINGIERI P., *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987.
- PEROTTI P., *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in *Contratti*, 2001.
- PETRELLI G., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.*, 2020.
- PICCININO L., *Trust, fiduciarie e società estere: cenni*, in Tupponi M. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2014.
- POLIDORO S., *Attuazione della direttiva 2006/68/CE su conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Not*, 2009.
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile: metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951.

- PUTTI P.M., voce *Negozio fiduciario*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003.
- RADOCCIA I., *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, IV.
- REALI A., *La fiducia e il trust*, in GAMBARO A. e MORELLO U. (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012.
- RESCIGNO P., “*Trasparenza*” bancaria e “*diritto comune*” dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I.
- RINALDI G.C., *Il riconoscimento dei trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *GC*, 2011.
- ROLLI R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007.
- ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, 1987.
- ROSSI F. (2008). *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, in *Rassegna Di Diritto Civile*, 2008.
- ROVELLI L., *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *TAF*, 2001.
- RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937.
- SABBI L., *Quando l'imposta va assolta subito e quando no*, in *Trusts e attività fiduciarie*, n. 3/2020.
- SACCO R., *La causa*, in *Tratt. Rescigno*, 10, II, rist. Torino, 1988.
- SALVINI L., *Il riconoscimento fiscale della fiducia e della separazione patrimoniale*, in *Fiducia e patrimoniale, Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, 2020.
- SANTORO L., *Il Trust in Italia*, Milano, 2009, II.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962.
- SCALISI A., *Il contratto di deposito*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011.
- SCALISI V., *Negozio astratto*, voce, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- SCHILLACI A., *Negozio fiduciario, impegno a ritrasferire la proprietà degli immobili su richiesta ed esecuzione in forma specifica*, in *camminodiritto.it*.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, (diretto da) Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961.
- SEPE M., *Il risparmio gestito*, Bari, 2000.

- SICCHIERO G., *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003.
- SIMONETTI L., *Manuale Notarile*, II ed., a cura di Genghini, Roma, 2019.
- SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV. *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano 2007.
- STEFANELLI N., *Fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*; in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- STELLA RICHTER JR. M., *Novo e novissimo regime dell'acquisto delle proprie azioni*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, I, Bari, 2011.
- STEVANATO D., *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli e immobili*, in *Corr. Trib.*, n. 20/2008.
- TARANTINO G., *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 12/2012.
- TASSANI T., *La legge sul «Dopo di noi» e la fiscalità degli strumenti di destinazione patrimoniale*, in *Studi e materiali*, 2017.
- TATARANO M., *La c.d. legge «dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017.
- TODISCO-GRANDE E. e VEDANA F., *Il Trust*, in SALVATORE M. (a cura di), *Introduzione all'Istituto del Trust*, O.D.C.E.S., 2012, Quaderno 44.
- TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1960.
- TORRONI A., GASPARINETTI F., *La forma del pactum fiduciae in un negozio fiduciario avente ad oggetto diritti reali su beni immobili: basta la parola?*, in *Rassegna di giurisprudenza*, 2020.
- TOTI B., *Disposizione fiduciaria e simulazione testamentaria*, in *Riv. not.*, 2010.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1995.
- TRIMARCHI M., voce *Negozi fiduciari*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- VACCA L. (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995)*, Torino, 1997.
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968;
- VENTURO M., *Il contratto di affidamento fiduciario. Rilievi notarili*, in *Vita not.*, 2015.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.

- VIAL E., *Apporti al "trust" in misura fissa: recenti interventi ministeriali e giurisprudenziali*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 8/2006.
- VINCI C., GAGLIARDI M., *Le società fiduciarie*, Milano, 1990, II.
- ZACCARIA F., *sub art. 1350 c.c.*, in *Comm. Cian-Trabucchi*, Padova, 2016.
- ZAGÀ S., *La disciplina impositiva del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili: note a margine di una recente pronuncia della Corte di cassazione (nota a Cass., Sez. V, 19 dicembre 2018 - 30 aprile 2019, n. 11401)*, in *Riv. dir. trib.*, n. 1/2020.
- ZOPPINI A. - TOMBARI U., *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *CeI*, 2004;