

Simulazione in aula del 16 giugno 2022

Traccia

La forma del patto fiduciario ad oggetto immobiliare.

1. Nozione di forma

Nel codice civile manca una definizione di forma del contratto e si sono, pertanto, formati due orientamenti.

Una prima ricostruzione ritiene che la forma riguardi l'aspetto esteriore dell'atto giuridico, che si contrappone al suo contenuto. In questa prospettiva, la forma è un elemento essenziale e costitutivo del paradigma dell'atto giuridico e non sarebbero configurabili negozi aformali. La forma viene, quindi, in rilievo come "esternazione".

Una seconda ricostruzione, più aderente al dato letterale del codice civile, ritiene che il problema della forma si ponga nei soli casi in cui l'ordinamento prescrive l'adozione di una determinata modalità nel compimento dell'atto. Pertanto, aderendo a questo indirizzo, la forma può essere considerata un requisito occasionalmente imposto del contratto.

Le Sezioni unite della Cassazione, con sentenza 6 marzo 2020, n. 6459, hanno aderito a tale secondo orientamento, distinguendo: i) contratto a struttura debole (tale essendo quello strutturato dal legislatore sui tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma); ii) contratto struttura forte (nel quale invece il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie). Le questioni più rilevanti attengono alla struttura e funzione, ai rimedi e valenza della forma negoziale scritta.

2. Struttura, funzione e rimedi

In relazione alla struttura, funzione e rimedi, occorre distinguere tre diverse fattispecie in relazione alle quali questi tre aspetti vanno esaminati contestualmente.

La prima è quella della forma vincolata prevista *ad substantiam* dal legislatore. L'art. 1325, n. 4, cod. civ. dispone che la forma comporta nullità del contratto soltanto quanto «*risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*».

La funzione di questa forma è quella: i) di «*garantire certezza sull'esistenza e sul contenuto del contratto, oltre che sulla stessa volontà delle parti*»; ii) di proteggere il «*contraente che, con l'adozione della forma scritta, viene reso edotto e consapevole delle obbligazioni assunte*» (responsabilizzazione del consenso) (Cass. civ., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214).

Il rimedio in caso di violazione di questa norma è la nullità del contratto. La questione più complessa è se si tratti di una nullità strutturale di tipo testuale ovvero se può essere anche una nullità virtuale.

La seconda fattispecie è quella della forma probatoria (contratti a prova formale). Si tratta dei casi in cui il legislatore ha previsto la forma scritta soltanto ai fini della prova dei fatti giuridici. Ad esempio, l'art. 1888 cod. civ., in materia di contratto di assicurazione, prevede che esso deve essere provato per iscritto. La funzione è essenzialmente probatoria. Il rimedio in caso di violazione non è la nullità del contratto ma le limitazioni in sede di accertamento dei fatti. L'art. 2725 cod. civ. prevede che non è ammessa la prova per testi quando un contratto deve essere provato per iscritto, salvo che il contraente dimostri di avere perduto senza colpa il documento che gli forniva la prova (art. 2724, n. 3, cod. civ.).

La terza fattispecie è quella della forma-pubblicità. L'art. 2657 cod. civ. prevede che la trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente. L'art. 2643 cod. civ. prevede gli atti che possono essere trascritti. La conseguenza è la non opponibilità del contratto.

La quarta fattispecie è la forma convenzionale. L'art. 1352 cod. civ., nel disciplinare le “forme convenzionali”, prevede che *“se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che quella forma sia voluta per la validità di questa”*. La conseguenza è l'inefficacia del contratto che può essere recuperata.

3. Libertà delle forme o formalismo

In relazione alla valenza del requisito in esame, l'orientamento tradizionale, valorizzando l'autonomia negoziale, ritiene che nel nostro ordinamento viga il principio della libertà delle forme e che, pertanto, le prescrizioni di forma debbano considerarsi di natura eccezionale non suscettibili in quanto tali di applicazione analogica (Cass. sez. un. n. 6459 del 2020).

Un diverso orientamento ritiene, invece, che nel nostro ordinamento non esista una norma che ponga il principio di aformalità. Esistono, di converso, diverse disposizioni che richiedono che la volontà sia manifestata attraverso particolari modalità espressamente stabilite. Si richiamano: i) l'art. 1350 cod. civ., che elenca gli atti per i quali la forma scritta è prescritta a pena di nullità; ii) l'art. 1352 cod. civ., di disciplina delle forme convenzionali.

Aderire al primo orientamento implica, come sopra esposto, che le norme sulla forma sono eccezionali e dunque non suscettibili di applicazione analogica.

4. Nozione di negozio fiduciario: definizione

Svolta questa premessa occorre esaminare il negozio fiduciario che, come affermato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con sentenza del 2020, si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica.

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

La dottrina ha messo in rilievo, in modo condivisibile, come elemento centrale sia il cd. patto fiduciario che delinea un programma ovvero un disegno da realizzare.

La caratterizzazione peculiare del fenomeno è costituita dalla circostanza che il fiduciario agisce in nome proprio e diventa "proprietario" del bene trasferito, del denaro e dell'eventuale bene acquistato con denaro del fiduciante.

Si tratta di un istituto che presenta, come sottolineato anche dalle Sezioni unite, profili comuni con il contratto di mandato senza rappresentanza, venendo in rilievo l'istituto della cd. interposizione reale di persona, che si differenzia dalla interposizione fittizia.

La diversità sta nel fatto che il negozio fiduciario ha un ambito applicativo più ampio e flessibile e soprattutto, rispetto al mandato, come sottolineato dalla dottrina, si basa sulla fiducia.

5. Tipologie. Modi di costituzione e finalità

Si distingue una fiducia dinamica e una fiducia statica.

La prima forma di fiducia presuppone il trasferimento della proprietà di un bene o del danaro per l'acquisto di un bene dal fiduciante al fiduciario.

La seconda forma di fiducia presuppone la mancanza di un atto di trasferimento, perchè il soggetto è già investito ad altro titolo di un determinato diritto, e il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna a esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal pactum fiduciae.

Si distingue una fiducia cum amico e una fiducia cum creditore.

Nella fiducia cum amico la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo. La finalità di è amministrazione.

Nella fiducia cum creditore, invece, il contratto fiduciario intercorre tra debitore e creditore: l'interesse del fiduciante è trasferire la proprietà di un suo bene al fiduciario, suo creditore, a garanzia

del diritto di credito, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene al fiduciante, se questi adempie regolarmente al proprio debito. Questa seconda tipologia - la fiducia cum creditore - esige una attenta valutazione nel caso concreto, onde accertare che non integri un contratto in frode alla legge e precisamente in violazione del divieto di patto commissorio (art. 2744 cod. civ.). La finalità è di garanzia.

6. Effetti e forme di tutela: fiducia romanistica e germanica

Gli effetti prodotti possono essere differenti, distinguendosi tra fiducia romanistica e germanica.

La prima, che è quella fatta propria dal nostro sistema, presuppone che venga trasferita al fiduciario la titolarità del bene per attuare lo scopo fiduciario. Parte della dottrina ritiene che si realizzi una eccedenza del mezzo rispetto allo scopo mentre altri hanno più semplicemente ritenuto che vi sia una diversità del mezzo rispetto allo scopo. In ogni caso, è un modulo che si presta a possibili forme di abuso.

Nella fiducia c.d. germanica o germanistica, invece, il trasferimento dell'esercizio del diritto in capo al fiduciario è rigorosamente commisurato allo scopo che il fiduciante o entrambe le parti del negozio intendono raggiungere: i poteri attribuiti al fiduciario corrispondono, pertanto, esattamente agli intenti economici avuti di mira.

Nel nostro sistema opera la fiducia romanistica, con la conseguenza che nell'ipotesi in cui il fiduciario, in violazione dell'accordo assunto, dovesse disporre abusivamente del diritto conferito, il fiduciante (o il terzo beneficiario) potrebbe ottenere esclusivamente una **tutela di tipo risarcitorio per inadempimento del *pactum fiduciae* (art. 1218 cod. civ.)**.

Non gli è, infatti, consentito esperire azioni rivendicative tendenti a recuperare il bene alienato, atteso che l'accordo fiduciario, avendo efficacia unicamente *inter partes*, non è opponibile al terzo acquirente (art. 1372 cod. civ.).

Soltanto nel caso di trasferimento di beni immobili, qualora il fiduciario non intenda trasferire il bene immobile, il fiduciante può rivolgere al giudice ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Qualora il fiduciario abbia trasferito il bene a terzi, prevale il fiduciante solo se è stata trascritta in via prioritaria la domanda giudiziale di cui al citato art. 2932.

7. La causa del negozio fiduciario

L'orientamento tradizionale, seguito nella stessa fase di codificazione e in linea con il sistema corporativo e dirigista dell'epoca, sosteneva che la causa coincidesse con la funzione economico-sociale del contratto e, quindi, essa era stata concepita come strumento di controllo dell'autonomia privata.

L'orientamento oggi prevalente anche in giurisprudenza ritiene che la causa del contratto si identifichi con la funzione economico-individuale ossia con la ragione pratica dell'affare o, con altra espressione, con "sintesi degli interessi reali".

Seguendo la tesi della causa come funzione economico sociale, un primo orientamento, tende a ricostruire il negozio fiduciario ricorrendo al collegamento negoziale: un negozio esterno che produce l'effetto reale verso i terzi e l'altro (il patto di fiducia) interno ad effetti obbligatori. Qualcuno in dottrina qualifica il primo contratto come negozio astratto di trasferimento. Altri lo riconducono alla vendita.

Questa ricostruzione è criticabile sia perché si qualifica il primo negozio come astratto ovvero come vendita ma in contrasto con la finalità perseguita. Inoltre, non è uno schema che potrebbe essere utilizzato per le fattispecie di fiducia statica.

Seguendo la tesi della causa come funzione-economico individuale, si ritiene che la causa sia unitaria riferita ad un contratto innominato ed è costituito da un assetto di interessi fiduciario. Tale causa si estende all'interno fenomeno fiduciario. Così ad esempio sia l'eventuale atto di trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario e da questi al fiduciante o a terzi rinverrebbero la loro causa esterna nel patto fiduciario.

8. La forma del patto fiduciario

La questione, rilevante in questa sede, che occorre adesso esaminare è relativa alla forma del patto fiduciario.

Le Sezioni unite, con la già citata sentenza del 2020, si sono occupate di un caso relativo all'acquisto di un bene immobile intestato a Tizio e Caio con somme messa a disposizione da Sempronio.

Le parti non avevano redatto nessuna dichiarazione scritta al momento in cui gli immobili furono acquistati.

Molto tempo dopo i fiduciari (Tizio e Caio) avevano sottoscritto due separate scritture del medesimo tenore, nelle quali davano atto che il vero proprietario degli immobili da loro acquistati era Sempronio.

Nondimeno, a seguito della richiesta di effettuare il trasferimento, si rifiutarono di farlo.

Un primo orientamento, ritiene che il patto fiduciario deve rivestire la forma scritta. A questo esito interpretativo si perviene mediante l'applicazione analogica dell'art. 1351 cod. civ., che riguarda la forma del contratto preliminare in ragione della "somiglianza strutturale ed effettuale" con il negozio fiduciario, che farebbe ritenere che ricorra la *eadem ratio* del requisito formale imposto dall'art. 1351 cod. civ.

Tale tesi è coerente con il principio del formalismo, che consente l'operatività del meccanismo dell'estensione analogica.

La conseguenza applicativa è la nullità del contratto fiduciario privo di forma scritta, con impossibilità di ottenere qualunque forma di tutela, se non quella restitutoria.

Un secondo orientamento, seguito dalle Sezioni unite, ritiene che il patto fiduciario sia a forma libera. In particolare, si afferma che non potrebbe applicarsi l'art. 1351 cod. civ., in ragione della diversità di struttura e funzione con il contratto preliminare per le seguenti ragioni.

In particolare, si afferma che esistono le seguenti differenze rispetto al contratto preliminare.

In primo luogo, *“nel preliminare, infatti, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti. Ne consegue che, mentre l'obbligo di trasferire inerente al preliminare di vendita immobiliare è destinato a realizzare la consueta funzione commutativa, la prestazione traslativa stabilita nell'accordo fiduciario serve, invece, essenzialmente per neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante”*.

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

Nota. Per comodità di lettura ho lasciato la parte testuale della sentenza.

Le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il *pactum fiduciae* escludono, dunque, la possibilità di equiparare le due figure ai fini di un eguale trattamento del regime formale sia perché si tratta di norma eccezionale sia perché sussistono le diversità strutturali e funzionali sopra indicate. Le Sezioni unite hanno ritenuto che occorre effettuare un raffronto con il mandato senza rappresentanza. In particolare, si è affermato che *“al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere - secondo l'insegnamento di autorevole dottrina - con il metodo dell'analogia, ed accertare se il rapporto di somiglianza intercorra con un contratto tipico a struttura debole (tale essendo quello strutturato dal legislatore sui tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto, senza alcun requisito di forma) o con un contratto tipico a*

struttura forte (nel quale invece il requisito della forma concorre ad integrare la fattispecie), perché soltanto nel secondo caso anche per il negozio atipico è configurabile il requisito di forma”.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno ritenuto che a questo esito interpretativo si possa pervenire anche in applicazione dell’analogo meccanismo previsto per il mandato senza rappresentanza.

L’art. 1704 cod. civ. prevede che il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

Un primo orientamento, *“considerato l'esito reale mediato, garantito da un meccanismo legale munito di forte effettività, estendeva al mandato il vincolo di forma prescritto per il contratto traslativo immobiliare”*. A tale esito si perveniva anche ritenendo applicabile analogicamente l’art. 1351 cod. civ., secondo il medesimo meccanismo operativo sopra descritto.

Un secondo orientamento, seguito a seguito della presa di posizione di una sentenza del 2013, ha affermato che *“in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta.*

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

- *“tra il mandante e il mandatario senza rappresentanza trova applicazione il solo rapporto interno, laddove la necessità della forma scritta si impone per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell'effetto reale in capo alla parte del negozio”;*
- *“le esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, sottese all'imposizione della forma scritta quale requisito di validità del contratto traslativo del diritto reale sul bene immobile, non si pongono con riferimento al mandato ad acquistare senza rappresentanza, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori”;*
- *“i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile a tale stregua acquistato”;*
- *“l'art. 1351 c.c. è norma eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica, e neppure di applicazione estensiva, attesa l'autonomia e la netta distinzione sussistente tra mandato e contratto preliminare”.*

Nota. *Per comodità di lettura ho lasciato la parte testuale della sentenza.*

La presa di posizione delle Sezioni unite a favore della tesi della validità del patto fiduciario orale determina conseguenze rilevanti sul piano delle forme di tutela, nel senso che il fiduciario potrà azione i rimedi sopra indicati compresa la possibilità di agire ai sensi dell’art. 2932 cod. civ.

9. Promesse unilaterali e negozio ricognitivo del patto di fiducia

L'ulteriore questione che si pone è se sia necessario che sussista un negozio unilaterale in forma scritta del fiduciario che riconosca la sussistenza dello stesso obbligo fiduciario.

L'art. 1987 cod. civ. prevede il principio di tipicità delle promesse unilaterali, stabilendo che «*la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dai casi ammessi dalla legge*». La ragione giustificativa è, in particolare, quella di tutelare la sfera giuridica dell'oblato da prestazioni "non gradite".

Quale fattispecie tipizzate, l'art. 1988 cod. civ. dispone che la promessa di pagamento o la ricognizione di un debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affermato che non è necessaria la presenza di un negozio unilaterale in forma scritta che costituisca la fonte del trasferimento dell'immobile, in ragione del principio di tipicità delle promesse unilaterali.

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

10. Raffronto con istituti affini

Infine, deve rilevarsi come la questione della forma nell'ambito dei trasferimenti fiduciari si pone anche con riguardo ad istituti affini a quello in esame.

Il riferimento è alla cd. proprietà fiduciaria. Tale forma di proprietà non è ammessa nel nostro ordinamento per l'operatività del principio di ordine pubblico del numero chiuso dei diritti reali.

Si ammettono, almeno nei casi previsti dalla legge, di fattispecie "proprietà funzionale" dipendente dalla previsione di un negozio di destinazione che vincola il trasferimento di un bene al mantenimento di uno scopo.

L'art. 2645-ter cod. civ., nel disciplinare gli atti di destinazione, prevede che essi possano essere trascritti ai fini dell'opponibilità e, quindi, debbano avere forma scritta.

Infine, un cenno deve essere fatto al trust che è un istituto di origine anglosassone non disciplinato nel nostro ordinamento ma previsto dalla Convenzione dell'Aia.

La struttura è analoga al negozio fiduciario in quanto è previsto un disponente, un trustee e beneficiari. Anche in questo caso, alla luce di quanto disposto dalla suddetta Convenzione, il trasferimento del diritto di proprietà dal disponente al trustee comporta la creazione di un patrimonio destinato. La forma di questo patto di trasferimento è regolata dalle norme straniere che lo disciplinano.

Nota. *Ho inserito questa parte finale sintetica con richiami a molti istituti per farvi vedere come, in alcuni casi, soprattutto quando non si tratta degli istituti specificamente richiesti dalla traccia, possano bastare cenni senza che vi soffermiate in modo “esteso” sugli istituti stessi.*