

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

*Studio n. 5-2020/C*

## **CIRCOLAZIONE FIDUCIARIA DI BENI**

*di Vittorio Occorsio*

*(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 21 settembre 2021)*

### *Abstract*

La finalità dello Studio è comprendere quali siano gli effetti del patto fiduciario sul trasferimento dei beni: in altre parole, se e con quali limiti è possibile la circolazione fiduciaria dei beni. Conseguentemente, si dovrà verificare se, con quali limiti e modalità, i relativi atti di trasferimento possono essere ricevuti dal notaio.

Lo studio individua, perciò, i due distinti segmenti negoziali in cui vi è un effetto traslativo di diritti reali: l'acquisto in capo al fiduciario e il ritrasferimento al fiduciante. "Sopra" di essi sta un rapporto obbligatorio bilaterale, di natura contrattuale, atipico, affine al mandato, di cui segue in parte la disciplina codicistica, che può denominarsi *pactum fiduciae* o promessa (o intesa) fiduciaria. Questo rapporto è destinato a rimanere interno tra le parti e a non essere conosciuto a terzi, a motivo dell'interesse del fiduciante a non comparire.

Ora, il primo trasferimento può anche avere una causa diversa dalla promessa fiduciaria, come accade quando il fiduciario acquista il bene da un terzo, in forza, ad esempio, di una normale compravendita, rispetto alla qualificazione giuridica della quale – e alla disciplina della quale – la presenza, a latere, di un rapporto fiduciario è del tutto irrilevante.

Il patto fiduciario può però anche avere un effetto traslativo. Diviene allora rilevante capire il regime di siffatto trasferimento causa *fiduciae*. L'effetto traslativo si produce perché espressamente funzionale all'adempimento dell'accordo fiduciario. Simile fattispecie trova applicazione, ad esempio, nell'affidamento del c.d. Dopo di Noi. Si tratta tuttavia, nel nostro campo d'indagine, di un'ipotesi che trova una diffusione minore, per la semplice ragione che una simile modalità attributiva comporta la pubblicità del disegno fiduciario, che il fiduciante, nella maggior parte dei casi, intende evitare, preferendosi, per attuare l'intestazione fiduciaria, procedere con contratti che dissimolino la causa fiduciaria. Né tale riservatezza deve necessariamente tradursi in una valutazione di sfavore da parte dell'ordinamento, che ammette e disciplina i contratti simulati.

Il secondo trasferimento, quello dal fiduciario al fiduciante (o a un terzo da lui indicato), invece, avviene sempre causa *fiduciae*, perché esso trova la propria giustificazione nell'esecuzione della promessa fiduciaria – è, dunque, un c.d. adempimento traslativo, esecutivo cioè dell'obbligo assunto dal fiduciario nei confronti del fiduciante. Siamo in presenza di un atto traslativo oneroso, seppur privo di corrispettivo. Anche quando vi sia una

controprestazione, si tratta soltanto di un rimborso di eventuali anticipazioni fatte dal fiduciario e che non si tratta mai di un vero e proprio sinallagma contrattuale. Per il resto, l'atto è un normale atto traslativo, che sconta, ad esempio, la soggezione alle norme sulla conformità catastale e sulle menzioni richieste dalla disciplina urbanistica.

Al fine di accertare l'esistenza della causa fiduciaria del ritrasferimento – della natura esecutiva della stessa – occorre verificare la sussistenza non solo di una promessa, ma anche dello squilibrio patrimoniale esistente tra fiduciario e fiduciante, o perché il primo ha acquistato il bene da un terzo ma con denaro del fiduciante, o perché il fiduciario ha acquistato il bene dal fiduciante ma senza pagare realmente un corrispettivo e senza animo liberale. Ove ciò non sia, ci si presterebbe ad operare trasferimenti fondati su una nuda promessa, e quindi mancanti di causa, secondo quanto approfondito nello Studio.

Lo Studio affronta poi il problema della forma del patto fiduciario che, per affermazione di una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, può anche essere meramente orale, pur quando abbia ad oggetto beni immobili, per le ragioni che saranno indicate.

Vi è, infine, la questione, di non poco momento, della conoscenza (e dell'esecuzione) del patto fiduciario rispetto agli eredi del fiduciante (e del fiduciario). Spesso, specialmente in contesti di contiguità familiare o di stretta amicizia, il patto fiduciario è rimesso a un riconoscimento della natura precaria e quasi fittizia della proprietà, in quanto fondata su un rapporto interno di fiducia. Eppure, ciò che viene percepito immediatamente dal punto di vista economico (il disequilibrio che si viene a creare con l'intestazione fiduciaria di beni), per potersi tradurre sul piano giuridico deve, all'evidenza, ricondursi ai consueti schemi di circolazione della ricchezza, per i quali chi acquista in nome proprio, acquista realmente, anche se è tenuto a ritrasferire il diritto. Il piano successorio, quindi, diviene teatro di aspri conflitti, che un prudente consiglio potrebbe evitare.

**Sommario:** 1. Promessa e attribuzione. - 2. L'acquisto del bene del fiduciario da un terzo. - 3. Il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario. - 4. La causa fiduciaria e la sua meritevolezza. - 5. Acquisto del bene dal fiduciante e simulazione causale. - 6. Il ritrasferimento al fiduciante: struttura dell'atto ed *expressio causae*. - 7. La disciplina dell'atto di ri-trasferimento. - 8. Il ri-trasferimento a favore di terzo. - 9. La successione nel rapporto fiduciario. - 10. Il problema della forma. - 11. La 'spiegazione' di fiducia.

## 1. Promessa e attribuzione.

La fiducia<sup>1</sup>, già nota al diritto romano<sup>2</sup>, non è regolata nel nostro ordinamento, se non per la c.d. fiducia testamentaria (art. 627 c.c.3) e per le società fiduciarie (L. 23 novembre 1939 n. 1966). Eppure, si tratta di un rapporto giuridico molto diffuso, come attestato dalla lettura dei repertori giurisprudenziali<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Per negozio fiduciario s'intende «un accordo tra due soggetti, il fiduciante ed il fiduciario, con cui il primo dichiara al secondo, che accetta, di volergli trasferire o di volere costituire in testa allo stesso, una situazione giuridica soggettiva, reale o personale, per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, e con il quale (accordo), per la realizzazione di codesto risultato, il fiduciario dichiara di voler assumere ed assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e modi convenuti la situazione effettuale, prevista in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo» (così V.M. Trimarchi, *Negozio fiduciario*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, *ad vocem*, § 3; e v. anche U. Carnevali, *Intestazioni fiduciarie*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, I. *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 458 ss. (e Id., *Negozio giuridico. III, Negozio Fiduciario*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1990, XX, p. 3 ss.)). A fianco di questa nozione, che individua la c.d. fiducia «dinamica», si avrebbe, secondo un'autorevole ricostruzione, una fiducia «statica», nella quale il fiduciario è già titolare di una posizione giuridica e da un certo punto in avanti s'impegna a considerare la propria titolarità «come quella di un semplice fiduciario, obbligandosi ad utilizzare in una certa direzione o a determinati fini la sua posizione di potere» (e cfr. N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 153 s., 293 s.). Ora, ogni tentativo di confutazione di tale autorevole tesi esula dai confini di questo studio. Possiamo soltanto rilevare che un rapporto obbligatorio in cui un soggetto, già proprietario di un bene in forza di un autonomo negozio giuridico, da un momento in avanti assuma l'obbligo di reputarsi fiduciario di altri non è altro che l'assunzione di una promessa di (futura) vendita o di donazione: altrimenti, si dovrebbe ammettere nel nostro ordinamento che un trasferimento di beni possa avvenire senza onerosità e senza *animus donandi*, ma solo in virtù del fatto che ci si è obbligati a farlo, il che ci sembra ricadere nelle c.d. nude promesse, che sono in contrasto con il principio causalistico.

La bibliografia sul tema è molto ampia. V. almeno i classici G. Messina, *Negozi fiduciarii. I. Introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 4 ss.; L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciarie*, Padova, 1933, e in rist. anastatica a cura dell'Università di Camerino, Napoli, 1978; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano, 1951, p. 270 ss.

<sup>2</sup> La ripartizione tra le due forme di fiducia (*fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*) appartiene alle Istituzioni di Gaio: *fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint* (II, 60). Vedi G. Grosso, *Fiducia (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384 ss. il quale osserva come sin dagli albori il problema della validità del contratto fiduciario sia stato legato a quello della causa del trasferimento: la *causa fiduciae* non era idonea a fondare il trasferimento di proprietà con la *traditio*, occorrendo piuttosto un negozio astratto di trasferimento, in cui l'acquisto avvenisse indipendentemente dalla causa; si faceva perciò ricorso ai più antichi modi formali di alienazione della proprietà, la *mancipatio* e la *in iure cessio*.

<sup>3</sup> L'art. 627 dispone: «Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta.

Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere.»

Nel c.c. del 1865, l'unica disposizione era contenuta nell'art. 829, che negava *tout court* la prova delle disposizioni fiduciarie. Le origini di questo estremo sfavore normativo risalgono al diritto consuetudinario francese, che abolì l'uso della figura che ne faceva il diritto canonico, ossia concedere che altri testasse per il defunto morto *ab intestato* onde impedire di disperdere potenziali disposizioni a favore dell'anima: e cfr. N. Coviello, *Della fiducia nel diritto civile italiano*, in *Giur. it.*, 1912, I, 1, c. 95.

<sup>4</sup> Si citi soltanto, da ultimo e per importanza, Cass. Sez. Un. 6 marzo 2020, n. 6459, pres. A. Spirito, est. A. Giusti, che ha stabilito che il *pactum fiduciae* (ossia la promessa fiduciaria in senso stretto), anche quando riguardi beni

In termini generali, fiduciario è un soggetto tenuto, per conto del fiduciante, ad acquisire, mantenere e ritrasferire la titolarità di un bene. Si tratta di un'obbligazione di durata, in cui la conservazione dell'intestazione fiduciaria costituisce parte essenziale dell'adempimento<sup>5</sup>. L'interesse del fiduciante è soddisfatto, infatti, grazie alla protratta titolarità in capo al fiduciario, prima del ri-trasferimento al fiduciante.

Il fiduciario non è solo e non è tanto, alla stregua di un comune mandatario, un sostituto nella gestione, non è un 'cooperatore' (inteso come colui che 'opera' insieme), quanto piuttosto un sostituto nella titolarità: egli è titolare in luogo di altri, ossia di chi ha interesse a non comparire<sup>6</sup>.

---

immobili, possa essere concluso anche in forma verbale (ma vedi la successiva Cass. civ. Sez. I Sent., 19/05/2020, n. 9139, di segno opposto).

<sup>5</sup>E cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., p. 227 ss., e 1944, I, p. 17 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e contratti*, Padova, 1992, p. 203 ss. (onde si cita): in realtà «non è il contratto ma il rapporto che è di durata» (*ivi*, p. 203); in questi contratti le prestazioni non sono dovute l'una indipendentemente dall'altra, ma sono dovute continuativamente; non si devono quindi soltanto più cose, «si deve continuativamente» (*ivi*, p. 312 ss.). Nello stesso senso v. F. Messineo, *Il contratto in genere*, t. 1, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1968, p. 784 ss., secondo il quale «diviene elemento causale, la durata e anche il momento in cui il contratto ha fine»: e v. E. Saracini, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, pp. 158, 93, n. 12; E. Gabrielli, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 267 ss.

<sup>6</sup>Sull'individuazione delle differenze tra fiducia e mandato si è cimentata la migliore dottrina: v. ad es. l'importante lavoro di L. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1949, spec. p. 65 ss. L'iniziale impostazione della dottrina individuava la distinzione tra le due figure nelle diverse modalità di trasferimento del diritto reale (e vedi F. Ferrara sen., *I negozi fiduciari*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 745 ss.; L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, in rist. Napoli-Camerino, 1978, p. 80 ss.). La dottrina più moderna, invece, oscilla tra chi afferma una totale riconduzione della fiducia al mandato (A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, *passim*, v. ad es. p. 85 s. (ma contra v. F. Di Maio, *Mandato senza rappresentanza e rapporto ex lege 1939. Alcune considerazioni critiche*, in postfazione ad A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.), e v. da ultimo in tal senso D. D'Alberti, *La forma del pactum fiduciae avente ad oggetto beni immobili*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 678 ss., spec. a p. 688), e chi fissa il criterio discretivo mediante l'accentuazione, nella fiducia, del profilo gestorio (Mi. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, p. 66 ss., la quale osserva che «la causa della fiducia attribuiva non è infatti l'astratta causa fiduciae di grassettiana memoria, ma la causa che, in relazione alla diversa attività che il fiduciario è chiamato a svolgere nell'interesse del fiduciante, viene in concreto individuata di volta in volta quale giustificazione di ogni singola operazione negoziale» (*ivi*, p. 74)). Si è per contro rilevato, rispetto alle posizioni espresse dalla dottrina tradizionale, che la disciplina del mandato ruota intorno ad una vicenda acquisitiva o dismissiva del dominio nonché sullo svolgimento di un comportamento attivo da parte del mandatario, diversamente dalla fiducia (M. Semeraro, *Acquisti e proprietà nell'interesse del mandante*, Napoli, 2011, p. 242). Si è, ancora, osservato (P. Ferro-Luzzi, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 55 ss.), come l'agire in nome proprio e per conto altrui tipico del mandato «non ha nulla a che fare» con la fiducia tecnicamente intesa. La gestione è un profilo che attiene a un piano diverso dalla qualifica di una posizione come fiduciaria: diversamente, si finirebbe con lo spostare indebitamente l'essenza del fenomeno fiduciario «dalla zona del diritto soggettivo alla zona dell'agire» (*ibidem*).

A fronte della varietà di posizioni, è indubbio che la fiducia rientri, come il mandato, nell'ambito dei negozi *lato sensu* gestori, tant'è che alcune norme sul mandato sono ad essa applicabili (segnatamente, l'art. 1706, comma 2, c.c., sui rimedi previsti in caso di inadempimento del mandatario; l'art. 1707 c.c., sulla prevalenza rispetto ai creditori del mandatario): e vedi sul punto M. Sannino, *Fiducia e mandato*, in *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2016, pp. 143 ss.

Eppure, il criterio adottato da tali norme appare un ragionevole adattamento dei principi generali, e perciò non ne è dato desumere la piena assimilazione delle due figure: l'esistenza di un titolo per il ritrasferimento,

Per realizzare tale ‘sostituzione nella titolarità’, al fiduciario deve essere attribuito un diritto reale. È qui che la promessa fiduciaria – momento interno e destinato a rimanere segreto – si interseca con un fenomeno traslativo ed interessa più da vicino anche l’attività notarile.

In quest’ottica, suddividiamo i rapporti fiduciari in base a come avviene l’attribuzione del diritto reale in capo al fiduciario, a seconda, cioè, che il bene provenga e – rispettivamente – sia trasferito al fiduciario:

da un terzo, con denaro del fiduciante;

da un terzo, con denaro proprio del fiduciario;

da un terzo, con un atto che non preveda corrispettivo;

dal fiduciante, con denaro proprio del fiduciario;

dal fiduciante, con denaro dello stesso fiduciante;

dal fiduciante, con un atto che non preveda corrispettivo (ad es. un trasferimento che avvenga causa fiduciae, ovvero tramite un atto con causa diversa, come ad es. una rinuncia all’eredità, ovvero attribuzioni gratuite, o ancora atti societari).

Quale costante del fenomeno vi è (i) l’esistenza di un rapporto obbligatorio tra fiduciante e fiduciario che si può denominare “promessa (o intesa) fiduciaria”, dove il termine promessa non intende richiamare l’unilateralità del rapporto, che invece è bilaterale, bensì quell’impegno (morale oltreché giuridico) che fonda l’affidamento del fiduciante; (ii) una circolazione successiva del bene, in sede di ri-trasferimento, che avviene in esecuzione di tale obbligo, quindi a causa onerosa ma senza corrispettivo.

---

sacramentato dalla data certa, costituisce un valido motivo per arrestare le pretese dei creditori. Ne consegue che, qualora si tratti di beni immobili, il fiduciante prevarrà se ha trascritto la domanda di restituzione prima del pignoramento (art. 2914, comma 1, n. 1) c.c.); invece, trattandosi di beni mobili, prevarrà se ha (ri)ottenuto il possesso del bene o se il patto fiduciario aveva data certa anteriore al pignoramento (art. 2914, comma 1, n. 4), c.c.).

È, dunque, in base alla particolare natura della prestazione promessa dal fiduciario che può valutarsi l’applicazione di principi e regole che trovano applicazione anche nella disciplina codicistica del mandato, al di là dello sforzo dottrinale, che esula gli obiettivi di questo lavoro, per l’assimilazione o la distinzione tra la figura codicistica e quella atipica della fiducia.

Il tipo di comportamento cui è tenuto il fiduciario – il mantenimento della titolarità – esclude, invece, la possibilità di una sostituzione da parte del fiduciante e quindi l’esercizio di quest’ultimo dei diritti di credito derivanti dal mandato (art. 1705, comma 2, c.c.); ciò comporterebbe un’immediata imputazione dei risultati dell’incarico che contrasta con le modalità esecutive del rapporto fiduciario e con l’interesse del fiduciante. Per lo stesso motivo non sembra immaginabile che il fiduciante possa compiere in proprio l’affare revocando così il mandato (art. 1724 c.c.), atteso che il fiduciario è tenuto a conservare la titolarità del bene acquistato e compiere in proprio l’affare vorrebbe dire riacquistare la proprietà, cosa che invece richiede la cooperazione del fiduciario.

Sono parimenti inapplicabili altre norme specifiche dettate sull’esecuzione dell’incarico da parte del mandatario, che sono legate ad una vicenda dinamica che richiede il compimento di uno o più atti di cui poi dover riversare gli effetti sul mandante e che pertanto non sono applicabili al fiduciario: si pensi al regime di approvazione tacita del mandatario che si sia discostato dalle istruzioni o abbia ecceduto i limiti del mandato, quando il mandante ritardi la risposta al rendiconto (art. 1712, comma 2, c.c.).

Per un ulteriore approfondimento sull’argomento, si rinvia a V. Occorsio, *Titolarità e gestione nei rapporti fiduciari*, Napoli, 2020, pp. 79-132.

La differenza sta, invece, nella modalità attributiva: da questo punto di vista, possiamo suddividere idealmente le prime tre ipotesi, nelle quali il bene viene acquistato dal fiduciario da un terzo, rispetto a quelle in cui il bene proviene direttamente dal patrimonio del fiduciante.

## **2. L'acquisto del bene del fiduciario da un terzo.**

L'ipotesi più semplice è quella dell'acquisto compiuto dal fiduciario da un terzo con denaro del fiduciante. In questi casi, non è difficile ravvisare un mandato senza rappresentanza ad acquistare, conservare e ritrasferire.

La separazione tra promessa e attribuzione è evidente: l'acquisto avviene tramite un contratto avente una propria causa (ad esempio, una compravendita), concluso con un terzo, estraneo al rapporto interno (ossia alla promessa fiduciaria). Il fiduciante fornisce la provvista in ragione dell'obbligo assunto dal promissario di mantenere il bene per poi ritrasferirlo al fiduciante su sua richiesta.

Più problematico è il caso (sopra indicato con il n. 2) in cui il fiduciario acquisti il bene da un terzo ma con denaro proprio, ovvero quello in cui l'acquisto con un atto privo di corrispettivo (n. 3). Riguardato dall'esterno, non vi è alcun nesso tra acquisto e promessa fiduciaria, sicché il successivo ritrasferimento potrebbe apparire come una nuova vendita o una donazione, che nulla avrebbe a che vedere con il fenomeno fiduciario.

Eppure, l'acquisto si pone come funzionale per soddisfare l'interesse altrui: il fiduciario ha acquistato dal terzo perché ha promesso al fiduciante di conseguire e mantenere il bene nel suo interesse. Egli non ha interesse ad ottenere per sé l'utilità di quel bene, perché questo acquisto è strumentale al successivo trasferimento in capo al fiduciante, in esecuzione di una promessa fiduciaria tra loro intercorsa.

Tuttavia, perché si possa parlare di un trasferimento fiduciario, e, dunque, perché il successivo ri-trasferimento possa dirsi dovuto in forza di un'obbligazione nascente dalla promessa fiduciaria, è altresì necessario che tra fiduciante (ossia tra chi, direttamente o indirettamente, procura l'acquisto) e fiduciario si determini, al di fuori del negozio attributivo ma ad esso collegato, uno squilibrio patrimoniale, ossia un elemento oggettivo che giustifichi il successivo (ri)trasferimento come atto dovuto, anche sul piano patrimoniale, e non fondato su una semplice promessa. Ed infatti, ove tale squilibrio non vi sia, atteso che il nostro ordinamento non consente trasferimenti astratti di proprietà, la successiva circolazione non potrebbe che avvenire in forza di una vendita o di una donazione al fiduciante.

E dunque, nei casi sopra indicati, nonostante l'esborso originario sia stato fatto dal fiduciario (caso n. 2), questo esborso - nell'ambito dei rapporti interni - deve costituire una semplice anticipazione di cassa, di cui il fiduciante sarà tenuto ad indennizzare il fiduciario, al più tardi, al momento del trasferimento dal fiduciario al fiduciante. Nell'ipotesi in cui l'acquisto avvenga con un atto che non prevede un corrispettivo (caso n. 3), è invece il terzo ad addivenire all'atto di disposizione a favore del fiduciario perché così è stato istruito dal fiduciante, in quanto questi, sulla base della promessa, con-fida nell'esecuzione, da parte del fiduciario, degli obblighi di mantenimento e ri-trasferimento.

In tutti questi casi, comunque, la fiducia non entra nel negozio acquisitivo, costituendone unicamente un presupposto e attenendo il rapporto nascente dalla promessa fiduciaria a soggetti diversi da quelli tra i quali avviene l'attribuzione.

La vicenda traslativa iniziale non presenta, pertanto, particolare rilievo dal punto di vista notarile, trattandosi di un comune atto di acquisto. Il notaio ha pur sempre l'obbligo di accertarsi della natura fiduciaria dell'intestazione, al fine di inserire le informazioni rilevanti circa la provenienza del prezzo nel fascicolo anti-riciclaggio.

### **3. Il trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario.**

Un discorso in parte diverso meritano, invece, le ipotesi in cui il bene provenga dal patrimonio del fiduciante: ci si riferisce ai nn. 4, 5 e 6 di cui sopra. In tutti questi casi, diversamente da quanto accade quando il bene è acquistato da un terzo, si pone il problema della causa dell'attribuzione.

Come già accennato, se si trattasse di una normale ipotesi traslativa – es., una compravendita – con prezzo pagato dal fiduciario (ipotesi sub 4), questi diverrebbe definitivamente titolare del bene. Il successivo trasferimento dovrebbe avvenire dietro corrispettivo (ovvero a titolo liberale) e non potrebbe essere giustificato dall'esecuzione di una promessa fiduciaria: si tratterebbe di un'ulteriore vicenda traslativa, di talché la promessa si ridurrebbe ad una semplice ipotesi di patto di retrovendita, di preliminare di ri-acquisto, o di vendita con patto di riscatto o di donazione obbligatoria di dare. Non si avrebbe allora fiducia.

Se ne trae nuovamente conferma che, per il funzionamento del meccanismo negoziale fiduciario, è imprescindibile uno squilibrio patrimoniale, determinato dall'attribuzione al fiduciario, che l'obbligo del successivo ri-trasferimento sia chiamato a sanare.

Se tale squilibrio non vi fosse, non si vedrebbe come giustificare il ritrasferimento, e, con esso, cadrebbe l'intero contenuto della promessa. Il ritrasferimento – così come l'obbligazione di durata avente ad oggetto il mantenimento della titolarità medio tempore - risponderebbe altrimenti a tutt'altra dinamica negoziale (promessa di vendita oppure promessa donativa).

Siffatto elemento è l'unico che consente di distinguere non solo concettualmente ma anche praticamente i trasferimenti che riposano su patti fiduciari da quelli in cui la fiducia funge da velo per coprire un 'nudo patto'<sup>7</sup>, ossia una promessa astratta che, contraddicendo al principio causalistico, non potrebbe essere ammessa nel nostro ordinamento.

Pertanto, anche nell'ipotesi di acquisto del bene dal fiduciante, con pagamento avvenuto da parte del fiduciario ma grazie a una provvista previamente fornita dallo stesso fiduciante (n. 5), è evidente che non si avrebbe una vera e propria vendita perché il prezzo sarebbe soltanto figurativamente sborsato dal fiduciario, sicché si tratterebbe di un'attribuzione simulata sotto il profilo causale.

---

<sup>7</sup> Se ne avvede R. Lenzi, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle sezioni unite*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 1107 ss., a p. 1111.

Occorre infatti considerare che, quando il fiduciario acquista il bene dal fiduciante, anche se vi sia il pagamento di un prezzo, tale pagamento non corrisponderebbe comunque ad un vero e proprio corrispettivo<sup>8</sup>.

La questione si pone quindi nei termini della possibilità di realizzare una compravendita – o un altro negozio traslativo – compatibile con lo schema fiduciario<sup>9</sup>. Le eventuali soluzioni negoziali che in pratica possono essere utilizzate – ad esempio, differimento del corrispettivo e successiva remissione del debito, ovvero pagamento con provvista previamente fornita dal fiduciante medesimo<sup>10</sup> - non esonerano comunque da questa riflessione.

Vi sono, poi, quei casi (indicati al n. 6 sopra), in cui un prezzo potrebbe anche non essere previsto dallo schema prescelto per attuare l'acquisto, ad esempio nel caso di contratti di natura non corrispettiva, come una regolarizzazione di una società di fatto instauratasi tra eredi in cui il co-erede fiduciante riconosca al co-erede fiduciario una partecipazione maggiore di quella che gli spetterebbe<sup>11</sup>; ovvero nel caso di una transazione<sup>12</sup>, di un

---

<sup>8</sup> Il tema si è posto anche con riguardo alla compravendita a prezzo irrisorio o vile: v. E vedi E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 282 ss. In linea teorica l'irrisorietà, sia pur relativa, conduce ad un giudizio di neutrale esclusione della logica dello scambio, mentre la sperequazione implica una valutazione di merito sul vantaggio e sul pregiudizio che produce il sinallagma. In realtà si è dimostrato come la distinzione tra prezzo meramente simbolico e prezzo soltanto vile sia inconcludente: se si è in presenza di una determinazione del prezzo inferiore al valore del bene motivata da scopi donativi (parziali o integrali, poco importa), allora: o si dà una controdeduzione, che enunci lo scopo liberale (parziale o integrale), la quale sia utilmente dedotta e provata e rispetto alla quale si possa considerare adempiuto l'onere formale (artt. 782 e 1414, comma 2, c.c.); ovvero il negozio è nullo (M. Barcellona, *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, p. 378). Il giudizio causale sull'intero assetto negoziale risulta allora cruciale nel caso in cui la sproporzione si mostri tale da far apparire l'accordo incomprensibile senza postulare «un che di altro» che non si evince dal contratto e si aggiunge al prezzo: quel che qui rileva non il principio della *expressio causae*, bensì il principio della sua verosimiglianza: M. Barcellona, *op. ult. cit.*, p. 383 ss. Vedi sul punto anche U. Breccia, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv. dir. da M. Bessone*, XIII, Torino, 1999, p. 11 ss.; A. Lordi, *Il prezzo nel contratto di scambio*, Napoli, 2001, *passim*; M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata al traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 468 ss.

<sup>9</sup> Problema rilevato già dagli autori della tradizione: v. G. Messina, *Negozi fiduciari. I. Introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 3 ss.; L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., p. 128 ss.

<sup>10</sup> V. ad es. Cass. 12 ottobre 2018, n. 25381, cit.; Cass. 23 marzo 2017 n. 7541, dove l'acquisto è effettuato con denaro proveniente dal fratello. V. anche Cass. 5 agosto 2019 n. 20934; Cass. 2 agosto 2019 n. 20858; Cass. 27 marzo 2019, n. 8573; Cass. 5 marzo 2019 n. 6397; Cass. 26 settembre 2017 n. 22362; Cass. 15 maggio 2014, n. 10633; Cass. 7 gennaio 2019 n. 123, in cui in realtà l'acquisto in capo al fiduciario è avvenuto a titolo originario per aver il padre edificato sul suo fondo; Cass. 27 agosto 2018 n. 21213; Cass. 11 aprile 2018 n. 9010; Cass. 20 aprile 2017 n. 9985. Tutte in banca dati *De jure*. Sulla varietà d'ipotesi di acquisto dal terzo, spesso ricomprese nella formula a-tecnica dell' 'intestazione sotto nome altrui', v. N. Di Mauro, *Individuazione dell'oggetto della liberalità in alcune fattispecie particolari*, in *Riv. not.*, 1990, p. 1163 ss. (e v. al riguardo, con specifica attenzione al profilo fiscale, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 29-2017/T, *Liberalità indirette e collegamento negoziale*).

<sup>11</sup> Trib. Milano 6 dicembre 2018, in banca dati *Pluris*.

<sup>12</sup> Trib. Padova 23 agosto 2019, in banca dati *Pluris*. V. anche Trib. Catania, 31 dicembre 1985, in *Dir. famiglia*, 1986, p. 1080 ss..



conferimento in società<sup>13</sup>, un atto unilaterale di rinuncia all'eredità<sup>14</sup>, addirittura di un atto di donazione<sup>15</sup>.

Anche in queste circostanze si tratta pur sempre di negozi attuati col solo scopo di fornire al fiduciario il bene su cui svolgere la prestazione promessa, senza l'intento tipico di queste figure negoziali.

Non resta allora che mutuare la posizione di autorevole dottrina e reputare che qualora il fiduciario acquisti il bene dal fiduciante, si debba avere un negozio attributivo *fiduciae causa*<sup>16</sup>. Quando tale causa non emerga dall'atto di acquisto, ma ne risulti invece un'altra, si avrebbe allora una simulazione relativa della causa, altrimenti la fiducia degraderebbe a un mero motivo dell'attribuzione, come tale irrilevante<sup>17</sup>.

#### 4. La causa fiduciaria e la sua meritevolezza.

Occorre allora valutare se la causa fiduciaria possa o meno produrre un effetto reale. L'operazione fiduciaria persegue l'obiettivo della creazione in capo al fiduciario di una situazione di titolarità di un bene, conseguita e mantenuta in ragione ed in vista del successivo trasferimento della medesima in capo al fiduciante<sup>18</sup>.

Una siffatta funzione non si lascia ricondurre ad alcuna delle cause previste in relazione a tipi contrattuali ai quali il legislatore ha riservato una disciplina particolare.

Ciò non di meno, non sembra che la funzione di creare in capo ad un soggetto una situazione di titolarità nell'interesse altrui e strumentale al perseguimento degli interessi del fiduciante,

---

<sup>13</sup> Vedi anche App. Milano, 11 luglio 2019, in banca dati *Pluris*.

<sup>14</sup> Trib. Bologna, 17 dicembre 2018, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

<sup>15</sup> App. Palermo, 12 giugno 2019, in banca dati *De Jure*; App. Salerno, 25 gennaio 2018, in banca dati *Pluris*.

<sup>16</sup> Era la posizione di C. Grassetti, *op. cit., passim*, il quale però lasciava del tutto in ombra il profilo del contenuto della promessa e dell'obbligo del fiduciario di mantenimento. Riprende seppur in modo diverso quella impostazione, confermando la possibilità della causa fiduciaria di giustificare il trasferimento al fiduciario, M. Bianca, *op. cit.*, p. 74 ss.

<sup>17</sup> E cfr. F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, XII ed., rist. Napoli, 2002, p. 180 s., il quale tuttavia reputava inammissibile l'attribuzione *causa fiduciae* siccome si tratterebbe di attribuzione astratta: «una vendita, una donazione, una disposizione di ultima volontà fiduciaria non sono possibili, perché la funzione cui sarebbero piegate dalla c.d. *causa fiduciae* sarebbe incompatibile con la causa propria di ciascuno di questi negozi. [...] Perciò la fiducia non può essere che un motivo, inetto a reagire sul negozio».

<sup>18</sup> La riconduzione ad un'unica qualificazione causale del negozio fiduciario è stata contrastata da N. Lipari, *op. cit.*, p. 279 ss. E cfr. anche V.M. Trimarchi, *Negozi fiduciario*, cit., § 11, il quale ritiene che l'intento fiduciario possa rilevare, al più, come clausola o patto di un altro negozio con una diversa causa; la fiducia, secondo questo autore, sarebbe un *modus procedendi*: vi sarebbe una intesa, che non è né un patto né un accordo in forza della quale il fiduciante partecipa al fiduciario un disegno nell'ambito del quale il fiduciario si dichiara moralmente tenuto all'attività di cooperazione necessaria al conseguimento dello scopo pratico avuto di mira. Siffatto disegno non sarebbe giuridicamente impegnativo. Criticano una nozione astratta di *causa fiduciae* anche G. Palermo, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339 ss. e M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., p. 48 ss.

possa porsi, di per sé, in contrasto con norme imperative. La Corte di Cassazione ha, anzi, espressamente affermato «l'inesistenza di un divieto legale di intestazione fiduciaria»<sup>19</sup>.

I terzi sono tutelati su altri piani, tramite cioè le impugnative negoziali, ad esempio secondo le norme sull'azione revocatoria ovvero di altre azioni specifiche del diritto successorio (riduzione, imputazione, collazione)<sup>20</sup>.

L'interesse 'a non comparire' non è illecito anche perché, se da un lato si tutela il valore della trasparenza<sup>21</sup>, dall'altro il nostro ordinamento tutela anche quello della riservatezza<sup>22</sup>.

Come una sentenza di merito ha ricordato, «l'esigenza di riservatezza che può essere posta alla base del negozio fiduciario non può essere considerata, di per sé stessa, contraria ad alcun principio ovvero a norme di carattere imperativo, così che la validità del vincolo pattizio non può essere automaticamente esclusa dal mero rilievo dell'interesse all'occultamento»<sup>23</sup>.

La presenza di alcuni istituti, che consentono di impugnare, a talune condizioni, gli atti di disposizione del patrimonio, conferma che l'interesse a non comparire non è di per sé illecito<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup>Cass. 7 marzo 2014, n. 5407, in *Società*, 2015, p. 333 ss., con commento di V. Allavena e F. Casamassa. La finalità in parola non è, infatti, di per sé illecita: «l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri - quale quello di attuare una frode ai creditori, di vanificare un'aspettativa giuridica tutelata o di impedire l'esercizio di un diritto - non è di per sé illecito (ove non ricorra un'ipotesi di violazione o elusione di norme imperative o dei principi di ordine pubblico o buon costume), non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale (come per la frode alla legge) l'invalidità del contratto in frode dei terzi, per il quale, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale (Cass. n. 8600/2003, n. 20576/2010)».

<sup>20</sup> Peraltro, per la giurisprudenza, anche l'elusione fiscale non rappresenta un'ipotesi di nullità per frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c., in quanto vi sono sanzioni di tipo diverso - tra cui quella dell'inopponibilità all'amministrazione finanziaria per l'ipotesi di abuso del diritto: v. Cass. Sez. Un. 18 dicembre 1995, n. 6465; Cass. 20 agosto 1987, n. 6970, in *Il Fisco*, 1987; Cass. 3 settembre 2001, n. 11351, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 1638 ss. («non è sufficiente che una norma sia inderogabile perché possa essere qualificata come «imperativa», essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo e sia posta, altresì, a tutela di interessi generali). *Contra*, in dottrina, U. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 533 ss. e, con specifico riguardo alla fiducia, M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., p. 93 s.; in giur. Cass. 7 marzo 2002, n. 3328, in *Foro pad.*, 2003, pp. 271-284, con nota critica di G. Franceschin, *Nullità del contratto per violazione di norme fiscali?*; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398; Cass. 12 maggio 2005, n. 20816 e Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, in *Fisco*, 2006, 1-75, con nota di D. Placido, *Dalla Corte di Cassazione doppio stop alle operazioni di dividend washing. Brevi note alle sentenze della Suprema Corte nn. 20398 e 22932 del 2005*.

<sup>21</sup> E vedi U. Morello, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza"*, in *I Trusts in Italia oggi*, a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 81 ss.

<sup>22</sup> Sull'evoluzione e l'espansione del concetto di *privacy* nell'ordinamento italiano e statunitense, v. tra i molti E. Baffi, *Riserbo e inganno*, Milano, 2016, *passim*, spec. p. 34 ss.

<sup>23</sup> Trib. Cagliari, ord. 10 dicembre 1999, in *Riv. giur. sarda*, 2000, p. 661 ss., con nota di C. Cicero, *Osservazioni in tema di intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*.

<sup>24</sup> La «fiducia - afferma la Corte di Cassazione - è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di trasferimento assunto dalla G. con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale»: così Cass. n. 10633/2014, cit.

Per quanto riguarda il diverso tipo controllo, imposto dall'art. 1322, comma 2, c.c.25, circa la meritevolezza degli interessi perseguiti mediante la complessiva operazione fiduciaria – non trascurando la posizione teorica di chi ritiene che il giudizio sulla liceità assorba quello della meritevolezza<sup>26</sup>, privando dunque di rilievo il problema – si può osservare, in primis, che per la giurisprudenza che si è occupata di negozi fiduciari, questo aspetto non ha mai rappresentato un problema. Non ci risulta che, nella cospicua casistica esistente su questo argomento, la giurisprudenza abbia mai messo in dubbio la meritevolezza del negozio fiduciario.

Al contrario, la meritevolezza dell'interesse è stata, talvolta, apertamente riconosciuta: si è affermato, ad esempio, che «fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di trasferimento assunto»<sup>27</sup> dal fiduciario.

Peraltro, la meritevolezza appare espressamente sancita dalla legge n. 1966 del 1939 che disciplina l'attività delle società fiduciarie. Questa circostanza dimostra, infatti, che il legislatore ha ritenuto possibile, opportuno e persino necessario provvedere alla tipizzazione di un contratto d'intestazione fiduciaria di valori mobiliari e di partecipazioni sociali da

---

<sup>25</sup> Nelle parole della Relazione al codice, questa previsione richiederebbe che la causa sia idonea a realizzare funzioni socialmente utili e per ciò giustificative dell'intervento sanzionatorio dell'ordinamento. La Relazione al c.c. risente, come noto, delle posizioni di E. Betti, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani.*, XXIV, Roma, 1934, p. 506 e 508; Id., *Diritto romano, parte generale*, I, Padova, 1935, pp. 201-202 e 218-219; Id., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222 ss.; Id., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'istituto lombardo di scienze e lettere*, Milano, 1941, p. 302 ss.). Sull'autonomia del giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, co. 2, c.c. rispetto al giudizio di illiceità della causa ex art. 1343 c.c., v. P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo*, cit., *passim*; e Id., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.* 1971, II, p. 81 ss. Sull'inesistenza del giudizio di meritevolezza v. R. Sacco, ora in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 837 ss. In tal senso, anche A. Guarneri, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, p. 253 ss.

Nel senso che la meritevolezza debba essere valutata anche alla stregua dell'abuso della libertà contrattuale, v. F. Di Marzio, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. privato*, 2004, p. 145 ss. (nonché Id., *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2005, *passim*).

Di recente si è sviluppato l'indirizzo dottrinario che fa coincidere il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. con la verifica della congruità del rapporto tra prestazione e controprestazione negoziale: R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 1985, p. 309 ss.; la presenza di un principio di proporzionalità, che ben potrebbe ispirare il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, 2 co., c.c. cui sottoporre gli atti dell'autonomia privata, è stata affermata anche da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. *Contra* M. Lamicela, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Jus Civile*, 5/2016, p. 341 ss.

<sup>26</sup> Osserva come il giudizio da condurre ex art. 1322, co. 2, c.c. consisterebbe nell'accertamento dell'effettiva ricorrenza del requisito causale, ovvero della concreta idoneità dell'assetto di interessi diviso dalle parti a realizzare la funzione oggettivamente attribuibile all'atto negoziale A. Gentili, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1989, p. 233 ss., il quale ha mostrato di propendere per un deciso ridimensionamento della reale autonomia di tale giudizio da quello di liceità della causa, da condurre ex art. 1343 c.c. E v. anche Id., *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, relazione al Convegno *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Roma, 28 e 29 settembre 2006 e Id., *Atti di destinazione - gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 224 ss.

<sup>27</sup> Così Cass. n. 10633/2014, cit.

affidare alle società fiduciarie, per perseguire finalità di riservatezza e di gestione professionale dei titoli. Si tratta d'interessi contigui a quelli di ogni negozio fiduciario, a eccezione del fatto che a svolgere l'incarico è, in tale ipotesi, un soggetto professionale<sup>28</sup>. Se ne ricava, pertanto, un indice che queste finalità sono state considerate meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

Si potrebbe forse sollevare il problema della specifica funzione che l'operazione fiduciaria è destinata ad attuare, che potrebbe essere ricondotta all'occultamento patrimoniale.

Eppure, non si ha, nel caso di negozio fiduciario, una vera e propria separazione patrimoniale, come invece accade nel caso di trust o di vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., che infatti prevede un controllo di meritevolezza più stringente, ossia che i beni siano destinati 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»<sup>29</sup>.

La causa del 'destinare ad uno scopo'<sup>30</sup> deve essere valutata di volta in volta alla stregua del programma di interessi posto alla base dell'atto di destinazione<sup>31</sup>. Come anche del trust, la segregazione in sé non può elevarsi al rango di causa: essa deve essere funzionalizzata al perseguimento di un programma negoziale, che va rappresentato nell'atto istitutivo. Ne è conseguita, talvolta, la nullità per difetto di meritevolezza di quei trust o vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. in cui il programma negoziale consisteva unicamente nel motivo che aveva spinto il disponente a tutelare il proprio interesse egoistico alla protezione patrimoniale<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup>Dal microsistema delle società fiduciarie si ricava anzi che «non può disconoscersi la possibilità e liceità del compimento di atti fiduciari da parte di chiunque, e al di fuori del sistema legale»: così A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, cit., p. 36 s.

<sup>29</sup> Sulla diversità del controllo di meritevolezza disciplinato dall'art. 2645-ter c.c. rispetto a quello contemplato dall'art. 1322, comma 2, c.c., v. G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 11 ss. Si registrano al riguardo due posizioni contrapposte: una, che richiede che la meritevolezza sia valutata alla stregua della tutela degli interessi del ceto creditorio (R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 983 – ma v. anche sul tema della meritevolezza Id., *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in D. Maffei (a cura di), *Swap tra banche e clienti. Le condotte e i contratti*, Milano, 2013, p. 60 s.); l'altra, secondo cui l'interesse che può fungere da limite degli atti di destinazione va ricercato, anzitutto, sul terreno della disciplina dei beni e della loro circolazione nel mercato (G. D'Amico, *La proprietà destinata*, cit., p. 543 s.). E v. anche P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, in Aa.Vv., *Atti notarili di destinazione di beni: art. 2645 ter c.c.* (Atti del Convegno della Scuola di Notariato della Lombardia, Milano 19 giugno 2006), in [www.scuoladinotariatodellalombardia.org/relazioni/definitive.doc](http://www.scuoladinotariatodellalombardia.org/relazioni/definitive.doc). Di sostanziale disapplicazione pratica di questa disposizione parla invece F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>30</sup> Così E. Navarretta, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 835 ss.; U. La Porta, *L'atto di destinazione dei beni trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1809 ss. (e v. già Id., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994).

<sup>31</sup> In altre parole, «è assente una rigida corrispondenza tra struttura del negozio di destinazione e interesse fondamentale avuto di mira, sicché l'astratta considerazione della norma non appare sufficiente per individuare la causa» (così M.A. Astone, *Destinazione di beni allo scopo: fattispecie ed effetti*, Milano, 2010, p. 103).

<sup>32</sup> E vedi, a proposito del trust, Trib. Trieste, 22 Gennaio 2014, in *Il Caso.it*, secondo il quale se ciò che interessa al disponente è solo rendere non aggredibile il suo patrimonio per poterne godere in futuro, indipendentemente dal cambiamento delle sue sorti, allora è chiaro che il programma negoziale viene a coincidere con l'effetto di segregazione (l'atto costitutivo di trust prevedeva, in questo caso, la finalità di «creare

A differenza del trust e del negozio di destinazione, invece, la fiducia non ha riflessi sul regime giuridico dei beni: non si crea una segregazione patrimoniale né una limitazione della responsabilità nei confronti dei creditori del fiduciario.

Al conseguimento della titolarità del bene da parte del fiduciario consegue l'assoggettamento alle pretese dei suoi creditori, mentre si limitano le pretese dei creditori del fiduciante per la banale ragione che il bene è uscito dal suo patrimonio, ancorché a fronte della promessa di un futuro ri-trasferimento<sup>33</sup>. Gli effetti dell'atto dispositivo sono del tutto diversi rispetto agli atti che comportano una limitazione alla responsabilità patrimoniale ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c.

Il nostro ordinamento contempla e consente, di fronte ad atti che possano intaccare la garanzia patrimoniale, di valersi di strumenti di tutela delle posizioni creditorie, che però non implicano un giudizio di 'immeritevolezza' (e dunque di nullità) dell'atto idoneo a ridurre la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., anzi comprovano il contrario.

Vi sono, poi, altri istituti, pienamente riconosciuti, idonei a creare situazioni di titolarità meramente apparenti, come avviene nei casi di simulazione, ovvero situazioni di proprietà effettiva ma del tutto transitoria e strumentale come nell'ipotesi del mandato senza rappresentanza ad acquistare o ad alienare.

Non sembra quindi che la meritevolezza dell'interesse perseguito possa rappresentare un ostacolo all'ammissibilità del contratto fiduciario, salva una valutazione da compiersi caso per caso.

Una volta giunti a tale conclusione, ci si potrebbe domandare se la causa fiduciae sia idonea a giustificare il prodursi di un effetto traslativo. Il problema si era posto anche in relazione al mandato: si era dubitato che un contratto a effetti obbligatori come il mandato potesse comportare – nel caso di mandato senza rappresentanza ad alienare o a gestire – il

---

e mantenere un fondo di accumulo che provveda alla sua serenità economica, garantendogli ed assicurandogli il mantenimento dell'attuale tenore e qualità di vita»). E vedi in senso consimile, per un'ipotesi di vincolo di destinazione, Trib. Trieste decr., 22 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, 6, p. 1354 ss., con nota (critica) di L. Ballerini, *Atto di destinazione - effettività e "meritevolezza" nell'art. 2645 ter c.c.*, in cui si afferma che, ai fini dell'art. 2645 ter c.c., «gli interessi posti a fondamento della destinazione non debbano essere caratterizzati da una particolare rilevanza sociale o metaindividuale», ma che «il requisito della meritevolezza è ravvisabile solo negli interessi che, oltre ad essere leciti, non possono essere soddisfatti, ad opera dei privati, con altri strumenti provvisti di tipicità legale, diversi dagli atti di destinazione».

<sup>33</sup> Diversamente, nel caso di vincolo di destinazione, proprio la potenziale limitazione della responsabilità patrimoniale fa sì che si debba vagliare non l'interesse del destinante (o conferente), bensì l'interesse al servizio del quale l'atto di destinazione è posto in essere: l'interesse idoneo a determinare l'effetto segregativo non potrà in alcun caso essere integralmente autoriferito al disponente, ma dovrà essere un interesse che «sporge» rispetto alla posizione individuale del disponente (e v. C. Scognamiglio, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, in *Studio n. 357-2012/C Atti di destinazione - Guida alla redazione*, Consiglio Nazionale del Notariato, p. 83 s.). Se non fraintendiamo il pensiero dell'a., considera invece assorbita l'indagine della meritevolezza in quella della liceità dell'attribuzione fiduciaria M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., p. 86 ss., la quale peraltro, coerentemente con la sua ricostruzione degli effetti dell'attribuzione sul piano del patrimonio del fiduciario, effettuata tale valutazione rispetto alla portata dell'art. 2740 c.c., norma che secondo l'opinione da noi accolta non viene in rilievo in quanto non vi sarebbe alcuna forma di limitazione della responsabilità patrimoniale in capo al fiduciario.

trasferimento di un diritto reale<sup>34</sup>. Ma si è rilevato che un contratto ad effetti obbligatori può ben comportare il trasferimento del diritto reale se ciò è propedeutico all'adempimento dell'obbligazione dedotta in contratto<sup>35</sup>, come avviene riguardo alla causa fiduciaria.

A rafforzare tale conclusione, si può richiamare l'evoluzione che ha avuto la causa di garanzia, che oggi è pacificamente reputata idonea al trasferimento dei diritti reali<sup>36</sup>, come previsto anche dalla legge: si parla di cessioni con funzione di garanzia nei contratti di garanzia finanziaria (art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170), senza che s'ipotizzi l'astrattezza del trasferimento<sup>37</sup>.

## 5. Acquisto del bene dal fiduciante e simulazione causale.

Se la conclusione raggiunta nel paragrafo precedente è valida – ossia se la causa fiduciae è una causa idonea al trasferimento della proprietà – vuol dire che, in tutti quei casi in cui il trasferimento fiduciario sia 'vestito' di una causa differente (ad es. una compravendita senza reale pagamento del prezzo), si ha un'ipotesi di simulazione relativa della causa.

Queste considerazioni valgono sia che si intenda come causa la sintesi degli effetti giuridici essenziali, sia la funzione economico-sociale, sia lo scopo concreto avuto di mira dai contraenti, poiché sono legate alla causa come criterio di identificazione dello schema negoziale, ed entro questi limiti resta indifferente ogni variazione della nozione<sup>38</sup>. L'atto di acquisto è efficace; ma il titolo di acquisto è fondato su una causa diversa da quella prevista simulatamente, ed è un trasferimento causalmente fondato sulla fiducia<sup>39</sup>.

Il fiduciante, per non far emergere la natura dell'attribuzione fiduciaria, che essendo gratuita comporterebbe l'applicazione di un regime di impugnazione ben più agevole di quanto non accadrebbe in caso di trasferimento oneroso (e cfr. art. 2901 c.c.), potrebbe aver l'interesse

---

<sup>34</sup> S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., pp. 298 ss. e 314 s.; Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, rist. Napoli-Camerino, 1978, p. 33 ss.; M. Zaccheo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano 1991, p. 284 ss.

<sup>35</sup> C. Grassetto, *op. ult. cit.*, p. 377 ss.

<sup>36</sup> Si veda in argomento di recente U. Stefani, *La cessione del credito*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2020, p. 329 ss. (ma v. in generale per l'ammissibilità P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 37 ss.; A.A. Dolmetta-G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 76 ss.; *Contra*, L. Cariota-Ferrara, *op. cit.*, p. 176 ss. La cessione di crediti con scopo di garanzia è ammessa dalla giurisprudenza maggioritaria: Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1228 ss.; Cass., 29 gennaio 1997, n. 916, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2182 ss.; Cass., 19 gennaio 1995, n. 575, in *Fall.*, 1995, p. 838 ss.; App. Milano, 31 ottobre 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 463 ss.

<sup>37</sup> Vedi N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano: proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 85 ss.; e cfr. R. Di Raimo, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, p. 53 ss.; A. Reali, *La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio*, in A. Gambaro – V. Morello, *Tratt. dei diritti reali*, Milano, 2014, p. 529 ss.

<sup>38</sup>E vedasi in tal senso anche A. Auricchio, *op. cit.*, p. 86.

<sup>39</sup>E cfr. già L. Cariota-Ferrara, *Negozi fiduciari*, cit.; A. Gentili, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, p. 325 ss.; N. Cipriani, *op. ult. cit.*, p. 108 ss.; R. Lenzi, *Simulazione*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2017, p. 22 s. e p. 70 ss.

a preferire, onde poter rendere ostensibile a terzi un acquisto fondato su una causa onerosa, una normale compravendita<sup>40</sup>.

Non è neanche da escludere, sebbene più raro per i ben noti riflessi sul piano successorio, che le parti optino, eventualmente per ragioni fiscali, per un atto di donazione diretta<sup>41</sup>: si tratterà, anche in questo caso, di un'attribuzione simulata.

La natura del contratto dissimulato, ossia la reale causa dell'acquisto, è destinata ad emergere, al più tardi, al momento in cui il fiduciario adempia alla propria obbligazione di ri-trasferimento del bene al fiduciante, perché dovrà in quella sede attuare un trasferimento causa solutionis e quindi dovrà enunciare l'esistenza di una promessa fiduciaria e con essa la natura fiduciaria anche del suo precedente acquisto.

Potrebbe anche accadere che, in caso di rifiuto del fiduciario, il fiduciante debba agire in giudizio per ottenere l'accertamento della simulazione causale e poi agire per il ritrasferimento coattivo ai sensi dell'art. 2932 c.c.

La reale natura dell'attribuzione potrebbe anche non emergere mai, quando ad esempio anche il ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante avvenga con un negozio causalmente simulato.

Nei rapporti con i terzi potrà farsi valere soltanto un acquisto compiuto con una causa diversa rispetto a quella che emerge dal contratto. La priorità, in caso di conflitti con terzi subacquirenti, è quella prevista dalle consuete regole della simulazione relativa: trattandosi di beni immobili, il criterio che vale è la priorità della trascrizione della domanda di simulazione (e di ri-trasferimento ai sensi dell'art. 2932 c.c.); trattandosi di beni mobili, invece, i terzi acquirenti potranno far salvo il loro acquisto salvo il caso di mala fede.

Le stesse regole sui conflitti con i terzi subacquirenti valgono anche in caso di esecuzione forzata. I creditori del fiduciante non potranno invece aggredire il bene sic et simpliciter, come avverrebbe se si trattasse di simulazione assoluta, dato che il trasferimento è comunque validamente attuato, seppure con una causa diversa da quella apparente. Essi potranno tuttavia far valere la simulazione (art. 1416, comma 2, c.c.), per esercitare l'azione revocatoria avverso un atto dispositivo non oneroso (art. 2901, comma 1, n. 1), c.c.)<sup>42</sup>. Una volta accertata la simulazione, i creditori del fiduciante potranno anche far valere il diritto di credito del loro debitore al ri-trasferimento in via surrogatoria (art. 2900 c.c.), onde poter assoggettare il bene all'esecuzione forzata.

Il creditore del fiduciario prevale, invece, quando si tratti di beni immobili, se ha trascritto il pignoramento prima della trascrizione della domanda di simulazione da parte del fiduciante

---

<sup>40</sup> Ad esempio, al contratto che esibisce un prezzo sproporzionato e che perciò simula la causa si giustappone la causa dissimulata, con la conseguenza che si potrà ritenere applicabile il disposto del secondo comma dell'art. 1414 c.c. (in via diretta o per analogia, a seconda di come si ricostruisce la fattispecie simulatoria: v. in senso diverso A. Auricchio, *La simulazione nel negozio giuridico*, loc. cit.; E. Casella, *Simulazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, p. 593 ss.; A. Gentili, *Simulazione*, in *Tratt. dir. civ. dir. da M. Bessone*, cit., p. 541 ss.).

<sup>41</sup> Assai indicativa in tal senso l'affermazione di F. Pestalozza, *La simulazione nei negozi giuridici*, cit., p. 125 ss., nn. 38 e 43: «chi voglia donare ad un proprio figlio, adulterino, senza palesargli tale suo intento od accordarsi con lui sulle modalità per raggiungerlo, donerà fittiziamente ad un suo fiduciario, ed effettivamente gli affiderà l'incarico di donare a sua volta all'incapace».

<sup>42</sup> In tal senso v. anche M. Bianca, *op. cit.*, p. 154.

o dei suoi creditori; nel caso di beni mobili, il creditore del fiduciario prevale se il fiduciario non ha trasferito il possesso del bene al fiduciante, salvo che questi non possa far valere un atto di trasferimento con data certa precedente al pignoramento (art. 2914 c.c.).

È da valutare se i creditori del fiduciante possano giovare dell'automatica inefficacia dell'atto dispositivo prevista dall'art. 2929-bis c.c.: tuttavia tale rimedio sembra destinato, nel caso in questione, ad essere inutilizzabile, atteso che l'automatica inefficacia del trasferimento gratuito attuato dal debitore è previsto soltanto per i creditori che trascrivano un pignoramento entro l'anno dall'atto dispositivo. Ciò vorrebbe dire che entro l'anno dal trasferimento che dissimulava l'attribuzione causa fiduciae, costoro dovrebbero aver ottenuto una sentenza di accertamento della simulazione onde poter procedere alla trascrizione del pignoramento. Si potrebbe pensare di trascrivere un pignoramento con riserva dell'accertamento della simulazione, ma corre l'obbligo di segnalare che questa ipotesi si è scontrata, in sede di prima applicazione della nuova norma, con una pronuncia di merito che ha stabilito che per poter applicare la disposizione in parola è necessario che la gratuità risulti espressamente dal negozio<sup>43</sup>.

In caso di fallimento del fiduciario, la simulazione potrà essere fatta valere solo se sia stata trascritta la domanda di simulazione prima della trascrizione della sentenza di fallimento (in caso di beni immobili) oppure se vi sia un atto con data certa anteriore (in caso di beni mobili che siano ancora nel possesso del fallito). Si potrà far valere, in tali ipotesi, la rivendica prevista dall'art. 103 l. fall., che ha una natura ben più lata di quella della ordinaria rivendicazione<sup>44</sup>, per quanto non si tratti di un obbligo di restituzione ma di un obbligo di ri-trasferimento, giacché tale azione è volta a depurare il patrimonio del fallito dagli elementi ad esso estranei<sup>45</sup>.

## 6. Il ri-trasferimento al fiduciante: struttura dell'atto ed *expressio causae*.

Nella prassi, il trasferimento che avviene apertamente causa fiduciae, è il ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante. Il termine 'ri-trasferimento' non è tecnicamente perfetto, in quanto esso si risolve in realtà in un «surrogato di trasferimento»<sup>46</sup>; è un «trasferire a sua volta», che però valorizza la natura precaria, temporanea, «l'instabilità dell'acquisto [del fiduciario], la sua ulteriore destinazione»<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> E vedi Trib. Brescia, 10 dicembre 2015, in [https://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale\\_di\\_brescia\\_10\\_dicembre\\_2015.pdf](https://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/tribunale_di_brescia_10_dicembre_2015.pdf): «ritenuto che la gratuità dell'atto è condizione speciale dell'azione e deve risultare documentalmente e con evidenza, senza necessità di specifici accertamenti propri dell'azione di simulazione e/o dell'azione revocatoria».

<sup>44</sup>E cfr. G. Ragusa Maggiore, *Passivo (accertamento)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 235.

<sup>45</sup>Vedi in tal senso P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, spec. p. 371 ss.; M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., p. 145 ss.

<sup>46</sup>T. Ravà, *Causa e rappresentanza indiretta nell'acquisto*, in *Banca borsa tit. credito*, 1952, p. 285, nt. 72.

<sup>47</sup> Mutuando le parole che S. Pugliatti, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, 1953, III, c. 73 ss., a c. 75 nt. 4, riferiva al contratto di mandato.



La richiesta del fiduciante non è sufficiente a procurare tale ri-trasferimento: non si versa in una di quelle ipotesi in cui dalla dichiarazione di volontà di una parte si determini l'effetto acquisitivo, come ad esempio potrebbe avvenire nell'ipotesi di un patto d'opzione. La richiesta rappresenta una dichiarazione di volontà non negoziale<sup>48</sup>, che rende attuale l'interesse al ritrasferimento e così l'obbligo alla relativa esecuzione.

Il ritrasferimento deve avvenire tramite un vero e proprio negozio giuridico con effetti traslativi, compiuto a titolo di adempimento<sup>49</sup>: costituisce una prestazione esecutiva di un obbligo precedentemente assunto, ossia un atto compiuto solvendi causa, anche detto «pagamento traslativo»<sup>50</sup>.

La natura negoziale di un simile atto di adempimento<sup>51</sup> solleva in primo luogo il problema del rispetto del principio causalistico, atteso che un atto compiuto causa solutionis potrebbe risultare connotato dall'astrattezza della causa<sup>52</sup>. Tuttavia – per usare le parole di Luigi Mengoni – «la differenza tra negozi traslativi tipici e negozi traslativi atipici (esecutivi di un rapporto precedente) non si risolve necessariamente nella distinzione tra negozi causali e negozi astratti»<sup>53</sup>. È infatti ben possibile che la causa del negozio traslativo consista in un elemento esterno al medesimo, fondata su un rapporto obbligatorio preesistente al quale la prestazione traslativa è funzionalmente collegata<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup>E vedi al riguardo V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 99 ss.

<sup>49</sup> La natura negoziale o meno dell'adempimento delle obbligazioni è stata oggetto di dispute in dottrina: per la natura non negoziale, G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, rist. Napoli, 1980, p. 350 ss.; M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*<sup>5</sup>, I, Torino, 1958, 468; L. Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 209 s.; per la natura negoziale, in vario senso: F. Messineo, *Manuale*, I, cit., p. 499; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 160; M. Giorgianni, *Pagamento (Diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino 1965, 330; A. Di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 153-156.

<sup>50</sup>E vedi V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 753 ss., il quale sostiene la tesi della natura eclettica dell'adempimento, da valutare a seconda del tipo di atto cui esso dà luogo. E vedi anche M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 66 s.; F. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 201 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, II ed., Milano, 1967, p. 44 ss.; G.B. Portale, *Principio consensualistico e trasferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 934 ss.; L. Cariota Ferrara, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, XXVI, 1950, p. 2199; Id., *I negozi fiduciari*, cit., p. 65; G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 139; A. Luminoso, *Mandato*, cit., p. 278 ss.

<sup>51</sup>È dunque errata la posizione assunta dalla Suprema Corte quando afferma che «il fiduciario è obbligato a ritrasferire il bene al fiduciante prescindendo dalla sua eventuale richiesta» (Cass. 14 novembre 2011 n. 23728, in *Trust*, 2013, 2, p. 173 ss.).

<sup>52</sup> E vedi Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 268; Id., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile – Metodo – Teoria – Pratica*, cit., p. 343; Id., *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, in *Foro pad.*, III, 1951; Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.; Cariota Ferrara, *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, spec. c. 665 ss.; Id., *I negozi fiduciari*, cit., p. 128. Le perplessità derivavano anche dall'impianto del codice napoleonico, dove si negava ogni autonoma funzione traslativa al pagamento e si è inteso eliminare dal novero degli atti dispositivi la consegna (art. 1138: «l'obligation de livrer ... rend le créancier propriétaire»): in argomento R. Sacco, *Le transfert de la propriété des choses mobilières*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 442 ss.; ora Id., in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 837 ss.; M. Zaccheo, *op. cit.*, pp. 100-130.

<sup>53</sup>L. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 200 ss.

<sup>54</sup> Vedi M. Giorgianni, voce *Causa*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 570 ss. Vi sono infatti dei casi in cui la causa del negozio può essere determinata in virtù dell'imputazione a un preesistente o coevo rapporto

Il nostro codice civile, peraltro, conosce altre ipotesi di trasferimenti effettuati solvendi causa, come il trasferimento dell'immobile che il mandatario senza rappresentanza abbia acquistato per conto del mandante ma in nome proprio (art. 1706, comma secondo, c.c.)<sup>55</sup>, ovvero il trasferimento di beni altrui che siano oggetto di un legato (art. 651, comma primo, Il parte, c.c.: «in quest'ultimo caso l'onere è obbligato ad acquistare la proprietà della cosa dal terzo e a trasferirla al legatario, ma è in sua facoltà di pagarne al legatario il giusto prezzo»)56.

I negozi traslativi effettuati a titolo di adempimento rinvengono la loro causa nel rapporto obbligatorio preesistente.

Parte della dottrina ha pertanto considerato indispensabile l'*expressio causae*: in mancanza, il pagamento traslativo sarebbe nullo, perché esso è indipendente, nella sua validità, dalle sorti dell'atto da cui sorge l'obbligazione di dare<sup>57</sup>.

Secondo altra concezione, l'*expressio causae* non è imprescindibile, ma l'atto risente delle sorti del contratto da cui sorge l'obbligazione di dare<sup>58</sup>. La prestazione isolata – si argomenta

---

sottostante: così anche, ad esempio, il ritrasferimento compiuto dal mandatario ad acquistare beni immobili (art. 1706 comma 2 c.c.), oppure anche la prestazione negoziale eseguita in luogo di adempimento (art. 1197 c.c.). Ma l'imputazione non attiene «al profilo causale bensì a un momento preliminare, quello della identificazione del tipo negoziale e della sua qualificazione giuridica (ad esempio, come esecutivo - di un dovere giuridico, morale - oppure no). La specificazione e integrazione dello schema causale indeterminato è successiva e dipende dall'atto o rapporto antecedente al quale tramite l'imputazione la prestazione negoziale risulta collegata» (così V. Scalisi, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 52 ss., a p. 109). E cfr. G. Gorla, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, pp. 173 e ss.

<sup>55</sup> Non tutta la dottrina concorda con tale ricostruzione: vedasi ad es. C. Santagata, *Mandato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 412 ss. (ma per un superamento di tale autorevole ricostruzione, v. M. Semeraro, *op. cit.*, p. 164 ss.).

<sup>56</sup> Perché il debitore possa ritenersi obbligato a mettere in essere il puro e semplice atto traslativo, occorre che quest'atto possa acquisire immediata efficacia, il che significa che il diritto da trasferire deve esistere nel patrimonio del debitore sin dal momento in cui questi assume l'obbligazione. Se il diritto non esistesse ancora nel suo patrimonio, o se esso si trovasse assorbito in un diritto avente un oggetto più ampio (ad es. diritto futuro, diritto altrui), si sarebbe al di fuori dell'obbligazione di dare: e cfr. A. Dalmartello, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 218 s. In argomento v. M. Giorgianni, *Causa*, cit., p. 547; A. Chianale, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990, p. 37 ss.

<sup>57</sup> Così M. Giorgianni, *Causa*, cit., p. 566 ss.; F. Benatti, *Il pagamento con cose altrui*, in *Studi Urbinati*, Milano 1975, p. 18; F. Gazzoni, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano 1974, p. 220 ss.; E. Moscati, voce *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, p. 93 ss.; G.B. Portale, *Principio consensualistico*, cit., p. 993 ss. Reputa invece che, nelle prestazioni isolate, la causa sia 'determinabile' V. Scalisi, *Negozio astratto*, cit., p. 116 s.: «il problema che si pone per tali negozi non è quello della indicazione della causa bensì l'altro della esistenza di uno schema causale adeguato comunque risultante: direttamente dalla stessa programmazione negoziale oppure indirettamente dalla situazione od operazione economica complessiva nella quale il singolo negozio volta a volta si inquadra e si integra. [...] La indeterminabilità non dipende allora dalla mancata indicazione della fonte determinativa, bensì dalla oggettiva inesistenza (o inidoneità) di tale fonte, inesistenza (o inidoneità) che in quanto tale non può escludere *a priori* il requisito stesso della determinabilità ma solo legittimare un giudizio *a posteriori* di indeterminatezza».

<sup>58</sup> In tal senso vedi S. Pugliatti-A. Falzea, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, p. 82: «per la validità del negozio, basta che vi sia la causa, non occorre che essa sia espressa»; così A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 48 ss.; V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 748 ss.; L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 205 ss.; Id., *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, I, p. 385 ss.; R. Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., p. 828. Vedi anche, nel senso che la causa possa indursi da elementi diversi dalla menzione e che

- sarà nulla se il patto appare 'nudo' perché non consente neppure in via interpretativa di evincere una funzione, oppure se la causa risulti in concreto falsa o irrealizzabile, ove ad esempio difetti, al momento dell'adempimento traslativo, l'obbligazione da adempiere<sup>59</sup>.

L'indicazione della causa rimane tuttavia necessaria, se non altro per rispettare i requisiti dell'art. 1325 c.c. Tale articolo riflette, infatti, un'impostazione diversa da quella propria del codice civile del 1865, dove vigeva, al contrario, il principio della presunzione della causa (art. 1121)<sup>60</sup>, sancendo la necessità che gli elementi essenziali del contratto ne risultano espressamente.

È d'altro canto vero che la causa, al di là dell'enunciazione facciale, debba poi esistere in concreto e che quindi l'indicazione in atto non protegge dalla sanzione di nullità conseguente all'accertamento dell'eventuale mancanza in concreto della funzione che il negozio avrebbe dovuto svolgere, ovvero dall'azione di simulazione – e dei suoi effetti – ma questo è un principio generale valevole per tutti i contratti e non soltanto per gli atti negoziali solutori<sup>61</sup>.

Un tale presidio è posto a tutela dei terzi, che solo in tal modo possono aver contezza della natura dell'acquisto del loro dante causa, naturalmente nei limiti di una valutazione compiuta ab extrinseco.

Proprio l'esigenza della tutela dei terzi, peraltro, spinge a rivalutare una tesi di autorevole dottrina e a reputare applicabili, in caso di mancanza di causa dell'adempimento traslativo (e in genere alle c.d. prestazioni isolate, come in questo caso), le norme che disciplinano la ripetizione dell'indebitto: l'inesistenza dell'obbligo del solvens non produrrebbe allora la nullità, ma semplicemente la ripetibilità della prestazione. Cosicché, nell'ipotesi di trasferimento di cosa certa e determinata il tradens avrà a disposizione esclusivamente un'azione personale verso l'accipiens, mentre di fronte ai terzi avrà azione solo se essi abbiano acquistato a titolo gratuito (art. 2038)<sup>62</sup>.

---

la stessa possa anche essere sottintesa o tacita, senza che per questo sia meno rilevante, ammette espressamente, F. Messineo, *Manuale*, I, cit., p. 495.

<sup>59</sup>E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 265 ss.

<sup>60</sup>E v. A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano 1990, p. 48 ss.; V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 748 ss.; L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, cit., p. 205 ss.; Id., *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, I, p. 385 ss.; E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 231 ss.; R. Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., p. 828. Vedi anche, nel senso che la causa possa indursi da elementi diversi dalla menzione e che la stessa possa anche essere sottintesa o tacita, senza che per questo sia meno rilevante, ammette espressamente, F. Messineo, *Manuale*, I, cit., p. 495.

<sup>61</sup>Si pensi ad una compravendita dove si scopra che il bene era già dell'acquirente.

<sup>62</sup>M. Giorgianni, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 568 ss.; *contra*, v. E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, *passim*, spec. pp. 273 ss., 326 ss.; Ead. *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 831: «L'art. 2038 c.c. esporrebbe il terzo ad un'azione nei limiti dell'arricchimento, a fronte di una disfunzione puramente successiva del titolo del dante causa; d'altro canto, la consueta ragione della non trascrivibilità della domanda giudiziale di ripetizione avvantaggerebbe irragionevolmente i soli terzi che avessero acquistato il loro bene, soggetto all'onere di pubblicità, dopo che è stata presentata la domanda di ripetizione. Aniché veder travolto il loro acquisto, infatti, risponderebbero nei limiti dell'art. 2038 c.c.».

Un ulteriore ordine di problemi discende, poi, dalla possibile configurazione come atto unilaterale, da un lato, dell'assunzione della promessa fiduciaria, ovvero della sua esecuzione.

Dal primo punto di vista, non si può tacere di un'isolata pronuncia di legittimità che ha affermato la natura unilaterale della promessa fiduciaria<sup>63</sup>.

Il rispetto del principio consensualistico impone però di valutare criticamente siffatta prospettiva. La sentenza che ha propugnato tale soluzione cade infatti in contraddizione quando afferma che la dichiarazione unilaterale sarebbe allo stesso tempo autonoma fonte di obbligazione e sua ricognizione unilaterale: l'atto ricognitivo non potrebbe contemporaneamente avere dignità in quanto attuativo dell'impegno fiduciario ed in quanto fonte autonoma dell'obbligazione<sup>64</sup>. Inoltre, la tipicità degli atti unilaterali traslativi, per quanto incontra la posizione contraria di accurata dottrina<sup>65</sup>, rimane fornita di solidi riferimenti positivi che non ne consentono, allo stato, un pieno superamento<sup>66</sup>.

Per contro, non sembra possa predicarsi l'unilateralità rispetto al ritrasferimento, che costituisce esecuzione di un obbligo già assunto. Si è quindi al di fuori dell'art. 1333 c.c. Si è ipotizzato che il ritrasferimento possa avvenire in modo forzoso, senza cioè il consenso del fiduciante, ma ciò comporterebbe un superamento della disciplina della mora del creditore nelle obbligazioni di dare: il rimedio concesso al fiduciario è, anche in tale caso, chiedere a sua volta una sentenza che tenga luogo del trasferimento ai sensi dell'art. 2932 c.c.

## 7. La disciplina dell'atto di ri-trasferimento.

L'atto con cui il fiduciario adempie all'obbligazione di ri-trasferimento ha una disciplina particolare. Esso è un atto solvendi causa, compiuto in esecuzione della promessa fiduciaria, senza corrispettivo, pertanto non può essere oggetto di revocatoria ordinaria (art. 2901, comma 3, c.c.).

---

<sup>63</sup> Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, in *Contratti*, 2015, 1, p. 12 ss., con nota di M. Patrone, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica – il commento*.

<sup>64</sup> E vedi A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corriere giur.*, 2019, 12, p. 1478.

<sup>65</sup> Si rinvia alle opere di F. Maisto, *Promesse unilaterali*, in *Trattato di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2015 e già C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, in rist. Napoli-Camerino, 2010; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 121 ss.; M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 66 s.; F. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 201 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, II, II ed., Milano, 1967, p. 44 ss.; G.B. Portale, *Principio consensualistico e trasferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 934 ss.; L. Cariota Ferrara, *L'obbligo di trasferire*, in *Ann. dir. comp.*, XXVI, 1950, p. 2199; Id., *I negozi fiduciari*, cit., p. 65; G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 139; A. Luminoso, *Mandato*, cit., p. 278 ss.

<sup>66</sup> E giova qui richiamare l'art. 922 c.c., che stabilendo i modi di acquisto della proprietà «confina l'idoneità del negozio unilaterale ad assurgere a modo d'acquisto della proprietà alle sole ipotesi tipiche» (v. in tal senso E. Damiani, *Il negozio unilaterale atipico*, in *Annali Sisdic*, 2020, p. 834; e già Id. *Il principio di tipicità dei negozi unilaterali*, Napoli, 2018, *passim*). E vedi già A. di Majo, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 783.

Il trasferimento non potrà neppure essere oggetto di alcuna pretesa da parte degli eredi o dei legittimari del fiduciario, in quanto è estraneo a qualsiasi intento liberale<sup>67</sup>.

Non trova però applicazione neppure la disciplina dei contratti sinallagmatici, mancando le prestazioni corrispettive<sup>68</sup>, di talché non si potrà invocare la risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta né la rescissione per lesione.

È logico, d'altronde, che il fiduciario non abbia a disposizione alcun rimedio connesso all'eventuale variazione di valore che il bene abbia subito nel tempo anche notevolmente lungo in cui si svolge il rapporto fiduciario. Infatti, il trasferimento che il fiduciario pone in essere non rappresenta una normale vicenda commutativa, in quanto tale atto, dal punto di vista economico, sana uno squilibrio patrimoniale determinatosi in forza dell'attribuzione fiduciaria.

Non troverà neanche applicazione l'art. 1460 c.c., che consente al debitore di rifiutare la prestazione in caso di inadempimento del creditore. Questa disposizione potrebbe invero risultare teoricamente applicabile in quei casi in cui il fiduciante si sia impegnato a corrispondere al fiduciario un emolumento per la propria prestazione, ovvero debba ancora restituirgli l'esborso economico anticipato dal fiduciario per l'acquisto del bene o per le riparazioni straordinarie. Tuttavia, il chiaro rinvio alle prestazioni corrispettive impedisce al fiduciario di invocare l'*exceptio inadempti contractus*. Il rimborso delle somme dovute rappresenta soltanto il pagamento di un'indennità e non quindi una prestazione corrispettiva del retro-trasferimento, siccome esso mira soltanto a preservare il fiduciario dalle conseguenze correlate all'esborso iniziale nonché alla conservazione della titolarità<sup>69</sup>. Ciò

---

<sup>67</sup> Il tema della natura onerosa o gratuita dell'adempimento si è posta nel diverso caso dell'adempimento del terzo, la cui natura negoziale è stata riconosciuta dalla dottrina prevalente a partire da R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 156 ss.; Id., *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 565 s. La Corte di Cassazione reputa al riguardo che si tratti di atto a natura composita, poiché l'adempimento del terzo rileva sia come atto negoziale, sia come atto esecutivo del rapporto giuridico tra debitore e creditore, e quindi l'adempimento del terzo configura un atto «presuntivamente» gratuito (Cass. Sez. un. 18 marzo 2010, n. 6538, cit.): in questo senso, v. C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 286 ss. Una dottrina minoritaria qualifica invece l'adempimento del terzo come atto giuridico in senso stretto: A. Di Majo, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 72 ss.; F. Piraino, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 318 ss.

<sup>68</sup> Sulla definizione di corrispettività rispetto a quella dell'onerosità v. L. Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 81 ss. E cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 466 s.; G. Scalfi, *Corrispettività ed alea*, cit., p. 104; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali*, cit., p. 224 ss.; A. Cataudella, *La donazione*, cit., p. 53 s.; G. Biscontini, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 1984, p. 34 s.; G. Conte, *Gratuità, liberalità, donazione*, cit., p. 30 ss.

<sup>69</sup> Il negozio fiduciario prevede una particolare regolazione anche sul piano dei rimedi. L'utilizzo del meccanismo fiduciario anche in chiave processuale è stato recentemente valorizzato nei casi in cui la parte vittoriosa si impegni a non fare uso del titolo esecutivo ovvero a non esercitare la situazione soggettiva costituita dal provvedimento giurisdizionale oppure a esercitarla esclusivamente a un determinato fine (v. N. Cipriani, *La simulazione nella separazione consensuale*, cit., p. 99 ss. e 136 ss.: il giudizio simulato si potrebbe dunque concepire esclusivamente come un «giudizio fiduciario»). Per approfondimenti sul processo fiduciario v. già L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., p. 233 ss. In argomento cfr. F. Carnelutti, *Contro il processo fraudolento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, p. 17 ss.; L. Monacciani, *Il problema del processo simulato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 826 ss.; Id., *Il problema del processo in frode alla legge*, Milano 1957; G. De Stefano, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 582 ss.; G. Bongiorno, *Accordo processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma,

non vuol dire che il fiduciario non abbia diritto al pagamento di tale somma di denaro (soggetta alla rivalutazione ex artt. 1277 ss. c.c.); ma l'unico rimedio applicabile rimane lo ius retinendi previsto per il possessore di buona fede dall'art. 1152 c.c. (alla stregua dell'actio fiduciae contraria del diritto romano).

Il fiduciante non dovrà, invece, corrispondere al fiduciario l'aumento del valore del bene. Ne deriva che, ad esempio, qualora il fiduciario, nella costanza del rapporto, abbia sottoscritto, con denaro proprio, aumenti di capitale delle società in cui era socio a titolo fiduciario, il fiduciante dovrà rimborsare soltanto la somma anticipata, con adeguata rivalutazione monetaria, non già l'aumento di valore della partecipazione.

## 8. Il ri-trasferimento a favore di terzo.

Può accadere che il ri-trasferimento abbia luogo dal fiduciario a un terzo che gli è stato indicato dal fiduciante. Questa circostanza non muta la natura dell'atto traslativo, che è, anche in questo caso, un atto effettuato come esecuzione dell'obbligo nascente dalla promessa fiduciaria, quindi solvendi causa.

Si potrebbe sollevare la questione della possibilità di un atto solutorio nei confronti di un soggetto che non è parte del rapporto obbligatorio da adempiere. Il fiduciario non ha infatti alcun rapporto con il terzo.

Tale circostanza non sembra tuttavia impedire che un siffatto trasferimento possa avvenire secondo lo schema del contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 ss. c.c. Si avrebbe, in tal modo, la deviazione degli effetti del trasferimento nei confronti del terzo, senza che ciò comporti una partecipazione diretta del terzo beneficiario al rapporto contrattuale di cui il trasferimento costituisce esecuzione<sup>70</sup>. L'interesse dello stipulante – ossia del fiduciante – potrà avere, come in ogni ipotesi di contratto a favore di terzo, fondamento nell'intento di compiere una liberalità ovvero una prestazione di altro tipo.

La possibilità di utilizzare il negozio gestorio per realizzare ri-trasferimenti non soltanto a causa onerosa, ma anche a causa donativa, è stata, d'altronde, già indicata dalla dottrina che si è occupata del mandato<sup>71</sup>. Si tratta, in questo caso, di donazione indiretta, che come tale non è soggetta alle formalità richieste per le donazioni.

---

1988, a.v., p. 1 ss.; M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, p. 18 ss.

<sup>70</sup>Vedi anche, a proposito della prestazione eseguita a favore di un terzo nel caso di fiducia testamentaria, M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., p. 24: in quel caso, il fatto che il fiduciario assolva l'incarico e che ciò sia moralmente approvato non basta per qualificare tale fenomeno come caso di obbligazione naturale: «la *soluti retentio* di cui all'art. 2034, 2° comma, sembra giustificarsi in quanto si è pagato ciò che si doveva per assolvere alle richieste del *de cuius* e non tanto perché si è trasferito ciò che la controparte può ricevere e ritenere» (ivi, p. 25). E cfr. L. Balestra, *In tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell'ambito della convivenza more uxorio)*, in *Familia*, 2004, p. 786 ss., e in *Studi in onore di C.M. Bianca*, vol. 1, *La famiglia*, Milano, 2006, p. 64 ss.

<sup>71</sup>Vedi L. Carraro, *op. cit.*, p. 111.

Val la pena di precisare che la prestazione a favore del terzo può anche essere prevista sin dal momento della promessa. In quest'ipotesi, qualora il fiduciante non intenda nominare da subito il terzo, ma intenda riservarsi il diritto di nominarlo successivamente e, se del caso, anche di modificare l'indicazione del nominativo del terzo, si dovrà prevedere ab origine l'eventualità che l'adempimento della promessa sia a favore del terzo, avendo cura di far rimanere segreta l'indicazione del terzo, in modo che non si inneschi il meccanismo dell'adesione di costui, che impedirebbe (ai sensi dell'art. 1411, comma 2, c.c.) la successiva sostituzione da parte del fiduciante (ossia la revoca della nomina del terzo).

## **9. La successione nel rapporto fiduciario.**

Può accadere che durante il rapporto fiduciario si apra la successione mortis causa del fiduciante o del fiduciario. Questo frangente diviene teatro di gran parte dei conflitti, anche a cagione della mancanza di documentazione scritta degli accordi presi<sup>72</sup>.

In primis, è bene tener per fermo che i beni intestati fiduciariamente fanno parte del patrimonio del fiduciario e rientrano pertanto nella sua successione (dovranno, pertanto,

---

<sup>72</sup>È sufficiente una ricerca nelle banche dati giurisprudenziali per verificare che la maggior parte delle controversie che riguardano rapporti fiduciari sorgono a seguito dell'apertura della successione di una delle parti (e cfr., solo nella giur. recente, Cass. ord. 2 agosto 2019, n. 20858, Cass. 7 gennaio 2019, n. 123, Cass. 27 novembre 2017, n. 28229, tutte in *Banca dati Foro it.*); talvolta agiscono gli eredi del fiduciante per far dichiarare che una compravendita compiuta dal loro dante causa celava un negozio fiduciario e per vantare il conseguente diritto alla restituzione del bene (e cfr. Cass. 30 giugno 2011 n. 14473); altre volte ad avviare la causa sono gli eredi del fiduciario contro il fiduciante per ottenere la consegna del bene trasferito a titolo di fiducia (cfr. Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262); altre volte ancora agiscono gli eredi del fiduciario per la dichiarazione che un trasferimento ai familiari del fiduciante era in realtà una donazione (e cfr. Cass. 26 marzo 2012 n. 4853)

essere indicati nella denuncia di successione)<sup>73</sup>, a differenza di quanto avviene in ipotesi quali il trust o il vincolo di destinazione (o i fondi speciali di cui alla legge sul Dopo di Noi<sup>74</sup>)<sup>75</sup>.

Nel trust<sup>76</sup>, infatti, è espressamente previsto che i beni, di cui il trustee sia titolare in tale qualità, siano esclusi dalla sua successione e dalle pretese dei suoi eredi (art. 11, comma 3, lett. c), Conv. Aja), oltretutto dal regime di comunione patrimoniale col coniuge, dalle pretese dei creditori personali, e dal fallimento. In quel caso, la morte del trustee si traduce in un'ipotesi di successione nel gestore dei beni in vista della finalità perseguita dal trust, che potrà essere regolata nell'atto istitutivo o, in mancanza, dall'autorità privata o giudiziaria che sovrintende all'attuazione dello scopo perseguito.

Nel caso di vincolo di destinazione costituito ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., per quanto non espressamente previsto, il carattere di realtà che assume il vincolo di destinazione dei beni ha portato a considerare i beni vincolati come estranei alla successione dell'attuatore. Mentre gli effetti del vincolo di destinazione permangono anche nel caso di successione del

---

<sup>73</sup> Diversa è, invece, la teoria di M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 365 ss., il quale ritiene che il negozio fiduciario obbligatorio si differenzi dal contratto di affidamento fiduciario, il quale avrebbe effetto segregativo sul patrimonio, benché al di fuori delle ipotesi di separazione patrimoniale previste per legge. Di conseguenza, i diritti reali "affidati" al fiduciario non entrerebbero nel suo patrimonio. La conclusione non pare condivisibile, nell'ipotesi del *pactum fiduciae*, in mancanza di un riferimento positivo che consenta l'entificazione del bene gestito (né la separazione patrimoniale).

<sup>74</sup> V. sul punto 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, 2, p. 227 ss. Ritiene che si abbia una sostituzione nell'ufficio in caso di morte dell'affidatario fiduciario anche M. Lupoi, *op. cit.*, p. 352 s. e D. Muritano, *op. cit.*, estende alla sostituzione dell'affidatario fiduciario (per morte o altri casi) i principi della sostituzione del gestore di un fondo comune d'investimento, in relazione alla quale si è consolidato l'orientamento (e cfr. ad es. Trib. Milano, 10 giugno 2016, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it)), secondo cui si tratta di una mera modifica di mandato senza alcun effetto traslativo. Per i fondi comuni d'investimento, la normativa configura una soggettivazione della massa gestita (e cfr. art. 1, comma 1, lett. j, TUF: il fondo comune d'investimento è «costituito in forma di patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore»), tanto che la richiamata pronuncia del giudice ambrosiano richiama analogicamente la disciplina della sostituzione degli amministratori di società e l'opponibilità del particolare assetto dei beni (e infatti la trascrizione avviene a nome del fondo, con annotamento del mandato gestorio alla S.g.r.: e cfr. Circolare Mef - Agenzia del Territorio n. 218/1999). Al contrario di queste ipotesi, la caratteristica essenziale del fenomeno fiduciario oggetto del nostro studio riposa nella mancanza di posizioni di natura reale in capo al fiduciante o ai beneficiari, nonché, conseguentemente, di forme di pubblicità che rendano opponibile ai terzi l'esistenza dell'interesse giuridicamente tutelato di altri soggetti alla futura circolazione del bene.

<sup>75</sup> Sicché, ad es., gli eredi dovranno presentare la denuncia di successione e saldare le imposte di successione, ipotecaria e catastale, dei beni fiduciariamente intestati al *de cuius*. La sussistenza di questo obbligo fiscale è invece esclusa, per quanto riguarda le fattispecie di separazione di cui alla legge sul Dopo di Noi, coerentemente con la sua tesi, da D. Muritano, *op. cit.*, spec. nt. 47.

<sup>76</sup> In quel sistema, com'è ormai noto, vi è un soggetto tenuto ad utilizzare la proprietà di uno più beni al fine di avverare un interesse altrui, e per ricostruire tale fenomeno si fa ricorso al concetto di *equitable ownership*, che potremmo tradurre *proprietà fiduciaria*, che non trova pieno riconoscimento nel nostro ordinamento: si rinvia, tra i molti, ad A. Gambaro, *La proprietà*, Milano, 2019, p. 403 ss.



disponente<sup>77</sup> o dell'attuatore<sup>78</sup>, per poter sostenere che i beni destinati siano esclusi dalla successione dell'attuatore, occorrerebbe che vi sia «collegamento negoziale implicito ed inscindibile tra l'alienazione ed il rapporto di gestione che, secondo le regole generali del mandato, andrebbe automaticamente ad estinguersi con la morte del mandatario»<sup>79</sup>. La soluzione tecnica perché possa verificarsi un meccanismo di esclusione dalla successione dell'attuatore o dell'affidatario fiduciario, senza ricadere nel divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), sarebbe quello di ricondurre la morte dell'attuatore ad una condizione risolutiva dell'attribuzione, al verificarsi della quale si produrrebbe il ritorno del bene al disponente; ovvero, secondo altra ricostruzione, l'acquisto in capo ad un altro attuatore (sostituto), al quale i beni spettavano sotto condizione sospensiva della morte del primo attuatore<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup>Anche qualora il vincolo di destinazione acquisti carattere reale senza che vi sia un trasferimento del bene (sulla falsariga del c.d. *trust* auto-dichiarato), la questione si pone con riguardo alla morte del destinante che è al tempo stesso soggetto attuatore della destinazione: al riguardo, come accade nel caso della morte del disponente di un fondo patrimoniale che si sia riservato la proprietà dei beni in esso compresi (art. 167 ss. c.c.) (cfr. T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 365 ss.), si reputa che il vincolo non si estingua nel caso di morte del costituente, trasferendosi la proprietà dei beni ai suoi eredi unitamente ai vincoli su di essa incidenti, nonostante l'istituzione del vincolo possa essere oggetto di azione di riduzione.

<sup>78</sup>Vedi M. Bianca-M. D'Errico-A. De Donato-C. Priore, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, p. 56 (per i quali «La morte dell'attuatore implica la trasmissione agli eredi o al legatario del bene destinato, cioè con il vincolo di destinazione ... In ogni caso non vi è trasmissione delle obbligazioni inerenti l'attività attuatoria, e quindi dell'obbligo di continuazione dell'incarico, stante il carattere personale dello stesso»); G. Oberto, *Atti di destinazione (art. 2645-ter cc) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, pp. 404-405 (per il quale «alla morte del proprietario del bene gli subentreranno i suoi eredi, i quali saranno tenuti in quanto tali all'osservanza delle disposizioni del mandato fiduciario, con possibili inconvenienti, connessi se non altro all'inesistenza di un rapporto di fiducia tra il disponente ed i suddetti eredi, e salvo il disposto dell'art. 1722, n. 4, c.c.»). Diversamente R. Quadri, *L'art. 2645-ter cc e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 1750-1751, secondo il quale «A voler ricercare un fondamento normativo di una simile conclusione, non sembra errato richiamare, in primo luogo, la previsione contenuta nell'art. 1722 n. 4 c.c.... da ritenersi estensibile anche alle altre ipotesi di gestione di beni nell'interesse altrui: la morte del mandatario comporta l'estinzione del mandato. Nella medesima prospettiva, la morte del titolare-gestore comporta la cessazione della destinazione. Ma, volendo ricercare un fondamento ancor più generale, potrebbe forse individuarsi nel decesso del titolare-gestore un evento tale da determinare l'impossibilità sopravvenuta quale causa di risoluzione dell'atto di destinazione».

<sup>79</sup>E cfr. R. Lenzi, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, *ad vocem*: due sono le alternative, nel silenzio del regolamento negoziale (sull'opportunità di una regolamentazione dettagliata v. anche A. Lanciani, *Vincoli di destinazione (art.2645-ter c.c.). Redazione del contratto problemi e possibili clausole*, in *Riv. not.*, 2007, p. 294 ss.): o vi è una successione degli eredi (dell'attuatore) nella medesima posizione di questi, oppure vi è una risoluzione dell'acquisto e conseguente retrocessione al disponente sulla base del collegamento negoziale implicito di cui al testo. Ritiene che possa esservi una *vacatio* dell'ufficio dell'attuatore, senza che perciò gli interessi dei beneficiari debbano necessariamente essere pregiudicati, S. Pepe, *Il vincolo di destinazione in funzione successoria*, in *Riv. not.*, 2017, 6, p. 1115 ss.

<sup>80</sup>Naturalmente il descritto meccanismo pone problemi di circolazione dei beni, di trascrizione, di rapporto con il divieto dei patti successori e di sostituzione fedecommissaria (v. S. Pepe, *op. cit.*). Si aprirebbe peraltro il problema, non di poco conto, soprattutto in mancanza della previsione di un meccanismo di sostituzione *ad hoc*, dell'identificazione del soggetto che subentra nella gestione del bene, nell'interesse del beneficiario finale. A conclusioni simili è pervenuta l'elaborazione teorica del contratto di affidamento fiduciario: M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 352 ss.; e cfr. D. Muritano, *La Legge 112/16 sul Dopo Di Noi: impressioni, proposte*, in *Studio CNN* 3-2017/C.

Nei rapporti fiduciari, invece, l'apertura della successione del fiduciario comporta, nel subentro in *locum et ius defuncti*, il passaggio tanto nella proprietà dei beni attribuiti, quanto nelle obbligazioni che a lui facevano capo<sup>81</sup>.

L'unica ragione che potrebbe escludere tale successione sarebbe quella di ricondurre il rapporto fiduciario ai rapporti *intuitu personae*<sup>82</sup>. In effetti, la natura fiduciaria della promessa sembrerebbe comportare che la prestazione debba essere eseguita necessariamente dal debitore, in quanto le sue qualità sono determinanti al fine del soddisfacimento dell'interesse del creditore (e v. art. 2232 c.c.)<sup>83</sup><sup>84</sup>.

Eppure, per quanto non vi sia alcun dubbio che l'affidabilità rappresenti una qualità personale, siffatta constatazione si ferma ad una sfera precedente al negozio: una volta che il fiduciario si sia obbligato e abbia acquisito il diritto reale, la sua posizione è, agli occhi del fiduciante, infungibile non già perché le sue qualità personali lo rendono insostituibile per la

---

<sup>81</sup>Tale posizione è accolta anche dal punto di vista fiscale, per quanto l'Agenzia delle Entrate continui a distinguere tra fiducia germanistica e fiducia romanistica: nel primo caso, che l'Agenzia ritiene verificarsi in presenza di un'intestazione a società fiduciaria, alla morte del fiduciante i suoi eredi sono tenuti al pagamento delle imposte di successione sui beni, anche se questi intestati alla società fiduciaria. Negli altri casi, invece, si ha un'intestazione fiduciaria romanistica, e «assume particolare rilievo il prodursi di un effetto reale, consistente nell'effettivo trasferimento del bene immobile»: vi è dunque un duplice trasferimento del bene, dal fiduciante al fiduciario – con ogni effetto circa la ricaduta patrimoniale – e poi da questi nuovamente al fiduciante oppure a un terzo. La successiva attribuzione del bene sarà soggetta «ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, indipendentemente da ogni precedente imposizione» (Circolare AE 28/E/2008 del 27.3.2008). L'Agenzia si era in precedenza espressa nel senso che il negozio fiduciario darebbe «luogo ad effetti segregativi dei beni oggetto dell'intestazione fiduciaria» (Circ. 3/E/2008): tale espressione dev'essere inquadrata nel particolare contesto in cui è effettuata, atteso che l'Agenzia intende in tal modo ricondurre l'intestazione fiduciaria all'imposta sulle donazioni, tramite la riconduzione dell'atto di trasferimento al fiduciario nell'ambito dei «vincoli di destinazione» che danno luogo alla soggezione all'imposta (art. 2, comma 47, D.L. 262/2006). Anche la Corte di Cassazione ha affermato il principio (Cass. 10 dicembre 1984, n. 6478 – v., da ultimo, Cass. 27 febbraio 2015, n. 4049) secondo cui, con riferimento all'ipotesi in cui il *de cuius* abbia intestato fiduciariamente azioni ad una finanziaria, è prevalente, nei confronti dell'amministrazione finanziaria, «l'effettiva proprietà del fiduciante rispetto alla titolarità apparente della fiduciaria».

<sup>82</sup>E cfr. *ex multis* L. Ferri, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2° ed., 1980, p. 28 s.

<sup>83</sup>Ciò ha rappresentato un ostacolo all'ammissibilità dello svolgimento dell'attività professionale in forma societaria: vedasi al riguardo C. Ibba, *Professione intellettuale e impresa, IV. Esercizio associato della professione e società*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 126 ss. Ma v. già G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 8: «se *l'intuitus è personae*, appare alquanto ingenua l'affermazione che anche la società può soddisfarlo perché anch'essa, come la persona giuridica in genere, può avere proprie "qualità" e godere di un proprio "credito" in relazione alla consistenza del suo patrimonio, alla capacità e correttezza dei suoi comportamenti o amministratori e così via. Le qualità della persona fisica sono altra cosa, hanno altra base e sono altrimenti garantite "nel tempo"».

<sup>84</sup>In quelle ipotesi l'affidamento diviene elemento della fattispecie negoziale: A. Cataudella, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli 1972, p. 631 ss.; A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, part. p. 295 ss.; nella dottrina francese, cfr. F. Valleur, *L'intuitus personae dans les contrats*, Parigi, 1938, p. 33 ss. Secondo una parte degli autori, tale elemento inciderebbe sulla fase prodromica del rapporto (v. P. Tosi, *Intuitus personae e fiducia*, in *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso* a cura di R. Alessi, S. Mazzaresse e S. Mazzamuto, Milano, 2013, p. 378 ss.); secondo altri, sulla fase dinamica ed esecutiva del rapporto (v. G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, cit., p. 148).

prestazione dell'obbligazione fiduciaria; bensì per il semplice fatto che il fiduciario è divenuto proprietario del bene, quindi l'unico a poterne disporre<sup>85</sup>.

Sotto il profilo degli effetti della successione, se si accedesse alla tesi dell'estinzione del rapporto, gli eredi del fiduciario sarebbero tenuti a restituire immediatamente al fiduciante il bene acquistato dal fiduciario (de cuius), onde poter sanare lo squilibrio patrimoniale che si era determinato. In pratica, verrebbe meno l'obbligazione di mantenimento della titolarità e si renderebbe attuale l'obbligazione di ri-trasferimento.

Tale conclusione potrebbe essere riconsiderata, non solo alla luce dell'irrilevanza delle qualità personali del debitore nell'esecuzione della prestazione, ma anche considerando che la successione nel rapporto non pone, di per sé, alcun ostacolo sul piano dell'adempimento dell'obbligo fiduciario e alla realizzazione dell'interesse del fiduciante. Inoltre, un'automatica estinzione del rapporto con anticipazione del ritrasferimento potrebbe contrastare con l'interesse del fiduciante.

Appare allora coerente con il sistema sin qui delineato che gli eredi, subentrando nei rapporti attivi e passivi facenti capo al de cuius, debbano sottostare alla promessa fiduciaria e proseguire nel mantenimento della proprietà del bene finché il fiduciante non richieda il trasferimento a suo favore o a favore di un terzo.

Qualora, invece, il fiduciante reputi che gli eredi del fiduciario, che subentrano nelle sue obbligazioni, non presentino le stesse caratteristiche di affidabilità del loro dante causa e siano inidonei a svolgere la prestazione da questa promessa, potrà anticipare, rispetto al tempo inizialmente programmato, la richiesta di ri-trasferimento del bene, ponendo così termine al rapporto obbligatorio.

È evidente che, soprattutto in caso di pluralità di eredi, il fiduciante potrebbe incontrare, in concreto, ostacoli all'adempimento, come ogni volta in cui si ha il subentro di una pluralità di parti nel lato passivo di un rapporto originariamente corrente tra due soli soggetti. Tale circostanza richiede la partecipazione di tutti gli eredi pro quota, tenendo anche conto del fatto che alcuni di essi potrebbero essere minori di età o altrimenti incapaci di agire, ovvero potrebbero disconoscere l'esistenza del patto fiduciario, o renderne di fatto arduo l'adempimento.

Nulla esclude, peraltro, che il fiduciario possa lasciare per testamento il bene (con un normale legato di diritto reale) insieme all'obbligo fiduciario (a titolo di legato di debito) a un determinato soggetto, sottraendolo agli eredi, onde prevenire la moltiplicazione dei soggetti passivi dell'obbligazione fiduciaria.

---

<sup>85</sup> Queste considerazioni sono state accolte dalla giurisprudenza di legittimità, sia pure in un'ottica di equiparazione della fiducia al mandato: «Per la verità, la fiducia in senso proprio è cosa diversa dall'affidamento nel corretto adempimento dell'obbligazione dell'altra parte. In tanto ha un senso parlare di negozio *intuitu personae* in quanto l'affidamento di un contraente verso l'altro divenga così intenso da giustificare la produzione di conseguenze giuridiche. Al contrario, nel mandato la particolare rilevanza della persona o delle qualità del mandatario non influisce sulla disciplina, posto che il mandato, come tipo legale, non è caratterizzato dalla personalità della prestazione del mandatario», Cass., 24 febbraio 2006, n. 22840, in *Corr. giur.*, 1/2007, p. 35 ss., con nota di G. Vidiri.

Potrebbe anche accadere che il bene fiduciariamente intestato pervenga per successione a un legatario che, non subentrando nella generalità dei rapporti giuridici facenti capo al de cuius, risulti estraneo all'obbligazione fiduciaria, in cui succedano gli altri eredi del fiduciario.

Anche tali impedimenti pratici non possono tuttavia implicare l'estinzione dell'obbligazione fiduciaria: in ogni caso gli eredi dovranno procurare il ritrasferimento al fiduciante, dovendo in mancanza rispondere per inadempimento.

Non sembra che il fiduciante possa eccepire alcunché in merito ad una eventualità di questo tipo: a presidio del suo interesse rimane soltanto, come d'altronde nelle altre ipotesi sin qui esaminate, la possibilità di effettuare la richiesta di restituzione e, se questa rimane inevasa, agire per l'inadempimento.

Problemi minori pone invece la morte del fiduciante: una volta riconosciuta la successione nella posizione del fiduciario, sembra a maggior ragione pacifica. Si può rilevare, sul piano empirico, il rischio che, nell'eventualità di una mancata 'conoscenza' (cfr. art. 1728 c.c.) del rapporto fiduciario, gli eredi del fiduciante non si occupino di riacquistare la proprietà dei beni fiduciariamente intestati, consentendo così ad un fiduciario sleale di mantenere sostanzialmente sine die la proprietà del bene. Ciò induce a suggerire al fiduciante, sul piano operativo, di indicare nel testamento le intestazioni fiduciarie da lui attuate.

## 10. La forma del *pactum fiduciae*.

Quale dev'essere la forma *pactum fiduciae*?

Spesso le operazioni fiduciarie si svolgono in contesti familiari o comunque in presenza di relazioni affettive, in cui le parti sono restie a definire per iscritto le relative posizioni e quindi a precostituire la prova degli accordi intervenuti<sup>86</sup>.

Con una recente decisione, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. n. 6459/2020, cit.), ha stabilito la validità del patto fiduciario concluso in forma verbale anche qualora esso riguardi beni immobili<sup>87</sup>.

Ora, l'ordinamento prescrive la forma scritta, come è noto, per i negozi che incidono sui diritti reali su beni immobili<sup>88</sup>. Ora, è pacifico che l'atto di acquisto del bene in capo al

---

<sup>86</sup> E vedi V. Bertorello, *Promesse fra innamorati e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 339; M. Graziadei - F. Pene Vidari, *"Constructive trust" e intestazione di beni in nome altrui*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2001, p. 183 ss.; M. Lupoi, *op. loc. citt.* Si è per contro, correttamente, osservato da A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1480: «mi domando, perché non si può pretendere dai fiducianti, dato il loro rapporto, il patto scritto, quando essi non hanno nessuna difficoltà a rilasciare per iscritto la dichiarazione ricognitiva? Se possono scrivere questa, possono alla stessa stregua mettere per iscritto l'intera pattuizione».

<sup>87</sup> Cass. Sez. Un. n. 6459/2020, cit.

<sup>88</sup> Questa incidenza può essere diretta (ad esempio, in caso di compravendita), ovvero indiretta: lo dimostra la previsione in merito alla transazione, che è soggetta al requisito della forma scritta quando abbia per oggetto «controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti» (art. 1350, comma 1, n. 12), c.c.): la transazione è soggetta al requisito di forma anche quando non implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari o la rinuncia agli stessi, giacché le parti abbiano eletto a terreno delle reciproche concessioni, come è consentito dall'art. 1965, comma 2, c.c. la creazione o la modificazione o l'estinzione di rapporti obbligatori, diversi dai rapporti reali oggetto di lite. Vedi anche F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 281 s.

fiduciario richieda, quando il bene sia un immobile, la forma scritta (art. 1350, comma 1, n. 1), c.c.); così come è richiesta la forma scritta, in questi casi, anche per l'atto di trasferimento dal fiduciario al fiduciante<sup>89</sup>.

Occorre allora verificare se la promessa fiduciaria in senso stretto (ossia l'accordo interno tra fiduciante e fiduciario) debba assumere una determinata forma non già in quanto produttiva di un effetto reale, bensì perché prodromica al successivo trasferimento.

Viene in rilievo un'altra norma, recata dall'art. 1351 c.c., dettata per i contratti preliminari, che potrebbe applicarsi trattandosi di un obbligo de contrahendo<sup>90</sup>. Tuttavia, il vincolo contrattuale al quale la norma sulla forma (art. 1351 c.c.) si riferisce<sup>91</sup>, come ricorda Leonardo Coviello, cui si deve l'espressione di 'contratto preliminare'<sup>92</sup>, trae origine dal «vivo interesse pratico» delle parti a non obbligarsi subito col definitivo, ossia di differire gli effetti dell'atto di autonomia privata che le parti si obbligano in un secondo momento a stipulare, in modo da poter meglio regolare, medio tempore, l'assetto finale dei reciproci

---

D'altro canto, il tenore letterale dell'art. 1350 n. 13 c.c. è chiaro nel richiedere la forma scritta nei soli altri casi specialmente menzionati dalla legge, onde si ricava la tassatività delle ipotesi di contratti formali (v. ad es. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., pp. 135-136).

<sup>89</sup>E deve essere trascritto, indicando nella nota il codice generico ('100') e se del caso nel quadro D la natura di atto solutorio di un *pactum fiduciae* (v. al riguardo G. Baralis, in *Trattato della trascrizione* dir. da F. Gazzoni e E. Gabrielli, III, Torino, 2012-2014, p. 16).

<sup>90</sup>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 M., *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, E vedi in tal senso i puntuali rilievi di A. Gentili, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 596 ss., spec. p. 608, il quale elabora il seguente sillogismo: «'Contratto 'preliminare' significa: 'pactum de contrahendo che predetermina il contenuto essenziale del patto da contrarre'; un patto che vincoli a concludere un patto di contenuto predeterminato è un pactum de contrahendo; tutti i patti che vincolano a concludere patti predeterminati sono quindi 'preliminari', siano autonomi o inseriti in regolamenti complessi. Come tutti i sillogismi il mio tiene se tengono le premesse. Ma possiamo veramente negare che 'contratto 'preliminare' significhi: 'pactum de contrahendo che predetermina il contenuto essenziale del patto da contrarre'? A me pare tautologico. E possiamo veramente negare che tutti i patti che vincolano a concludere patti di contenuto predeterminato siano pacta de contrahendo? Mi pare altrettanto tautologico». Pertanto, la natura eccezionale dell'art. 1351 c.c. (che l'A. ritiene indimostrato, oltretutto inappropriato) comunque non interferirebbe con il dire che la regola di forma *per relationem* si 'applica' a tutti i patti che vincolano alla stipula di un altro patto di cui predeterminano il contenuto essenziale: «Si applica, non si estende».

E vedi anche S. Satta, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 73 ss., a c. 75, secondo il quale il preliminare non è un *pactum de contraendo*, non ha per oggetto una prestazione di volontà, ma da esso scaturisce soltanto il titolo per la costituzione di una situazione giuridica finale.

<sup>91</sup>E vedi *ex multis* F. Gazzoni, *Contratto preliminare*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, 2, Torino, 2000, p. 565 ss.; A. Alabiso, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, *passim*.

<sup>92</sup>L. Coviello, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi in Id., *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur.*, III, 3, II, s.d. ma Milano, 1902, p. 68 ss.; e vedi, per la riconduzione del preliminare alla formazione progressiva del contratto, F. Carnelutti, *La formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 308 ss., spec. a p. 316.

rapporti. Tale interesse va tenuto presente poiché l'etichetta «contratto preliminare» ha invece finito per «definire operazioni contrattuali di segno diverso, che condividono solo la presenza di una sequenza comunemente definita di tipo procedimentale o strumentale tra due contratti»<sup>93</sup>.

La specificità del preliminare è rispecchiata dalla circostanza che il contratto definitivo rimane caratterizzato, oltretutto dalla causa solutoria, da quella di scambio, a conferma del fatto che la semplice esecuzione di una nuda promessa non è idonea, di per sé, a giustificare l'attribuzione patrimoniale.

Del tutto diverso è invece il ritrasferimento che sia conseguenza della promessa fiduciaria, perché la sua natura solutoria si fonda, come più volte evidenziato, sulla necessità di sanare uno squilibrio patrimoniale tra la sfera economica del fiduciante e quella del fiduciario, che si è determinata in concomitanza con il precedente atto di acquisto del bene e che, permanendo, comporterebbe un arricchimento ingiustificato<sup>94</sup>.

Questa fase - quella del primo trasferimento in capo al fiduciario-promittente - manca del tutto nella sequenza preliminare-definitivo, ed ha invece rilievo fondamentale nell'operazione fiduciaria, integrando la causa del ri-trasferimento. Altrimenti, l'obbligazione nascente dalla promessa fiduciaria sarebbe una promessa 'nuda', ossia causalmente ingiustificata e non potrebbe sorreggere un trasferimento solutionis causa<sup>95</sup>.

Si conferma così la natura del 'ri'-trasferimento, dove il prefisso indica la doverosità della condotta per ristabilire l'equilibrio economico tra sfere di interesse di due consociati,

---

<sup>93</sup>Così D. Poletti, *Sub art. 1351*, in *Commentario al c.c. dir. da E. Gabrielli, Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, p. 130 ss., spec. a p. 139; vedi anche E. Camilleri, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 98; G. Sicchiero, *Dal contratto ai contratti preliminari*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d.lg. n. 122 del 2005*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 27 ss. La Suprema Corte ha dimostrato di qualificare come preliminare qualsiasi obbligazione di trasferire la proprietà di una cosa determinata: e cfr. Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237, con nota (critica) di M. Costanza, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solvendi causa*, nel quale caso aveva qualificato come preliminare l'impegno assunto da un genitore in sede di separazione di trasferire un bene alla prole. Ma vedansi le obiezioni mosse da A. Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 236 s.: non potendosi qualificare né come preliminare di vendita (non vi sarà alcun pagamento di prezzo) né di donazione (giacché non sussiste alcuno spirito di liberalità e comunque difetta la forma richiesta per tale categoria di atti), vorrebbe dire immaginare che il fiduciario adempia all'obbligazione di dare mediante un trasferimento senza corrispettivo perché fatto *animo solvendi* – ossia *causa fiduciae* – realizzando così un 'preliminare di adempimento', che è quanto dire che il «negozio in cui vi è l'assunzione di un'obbligazione è il preliminare dell'atto di adempimento di quella obbligazione» (*ivi*, p. 239).

<sup>94</sup> Sul rapporto tra il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. e il contratto di mandato, vedi A. Venditti, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966, p. 27 ss.

<sup>95</sup> Sulle differenze correnti tra mandato e contratto preliminare v. già M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, cit., p. 67 ss., il quale sottolinea che il riconoscimento in capo al mandante dell'azione ex art. 2932 c.c. – lungi dal volere significare l'equiparazione delle due figure – si inserisce nella linea di tendenza del sistema che segna il rafforzamento della tutela creditoria: «il vasto campo di applicazione della norma si mostra, così, idoneo a individuare una interessante categoria di obbligazioni, nella quale il diritto del creditore alla proprietà di una cosa determinata [...] trova una energica tutela nell'intervento del giudice, che con la sua pronuncia sostituisce l'atto di trasferimento che il debitore ha rifiutato».

secondo un principio che trova riconoscimento anche in quella norma di chiusura del sistema delle obbligazioni rappresentata dall'arricchimento senza giusta causa (art. 2041 c.c.)<sup>96</sup>.

Il trasferimento dal fiduciario al fiduciante non è quindi equiparabile a un contratto definitivo, perché non ha una finalità di scambio alla quale la parte promittente si è liberamente impegnata.

Ne consegue che la promessa non appare equiparabile a un contratto preliminare: mentre quest'ultimo appartiene a quelle obbligazioni che «impongono in sequenza l'effetto distrattivo della proprietà»<sup>97</sup>, la promessa fiduciaria corrisponde ad un interesse e ad una necessità affatto diversa, che consiste nella ri-attribuzione della proprietà al soggetto che aveva – sin dal momento dell'acquisto – il titolo economico-sostanziale per acquisirla. La proprietà, infatti, solo strumentalmente era stata acquistata dal fiduciario, per la realizzazione dell'interesse del fiduciante a 'non comparire' per un certo tempo.

La promessa fiduciaria, tramite l'impegno a mantenere la titolarità per conto altrui, legittima solo temporalmente tale squilibrio in vista del perseguimento di interessi meritevoli di tutela: ma si tratta di una situazione destinata a terminare. La natura strumentale della titolarità per conto altrui fa sì che dopo un certo tempo, quando il rapporto fiduciario si esaurisca, la conservazione di quell'acquisto comporterebbe – per usare le parole delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – il «consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante»<sup>98</sup>. L'obbligo di trasferimento non sembra quindi equiparabile né assimilabile ad un *pactum de contrahendo* e quindi non sembra applicabile né in via analogica né estensiva la regola formale che l'art. 1351 c.c. stabilisce per il contratto preliminare<sup>99</sup>.

## 11. La 'spiegazione' di fiducia.

La possibilità che il patto fiduciario sia stipulato solo verbalmente, anche quando abbia ad oggetto beni immobili, fa sì che in sede di tutela giurisdizionale la prova della promessa fiduciaria possa essere data anche mediante testimonianze nonché tramite il ricorso a presunzioni<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Per quanto non sia fatto esplicito richiamo all'ingiustificato arricchimento, è a tale istituto che sembra far riferimento la Corte di Cassazione quando si esprime nel senso che il ritrasferimento serve ad evitare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante» (Cass. Sez. un. n. 6459/2020, cit.). E vedi anche, in senso analogo – circa il rinvio della Suprema Corte alla fonte legale e non negoziale dell'obbligo - le considerazioni di D. D'Alberti, *op. cit.*, p. 691.

<sup>97</sup> Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, p. 889 ss., con nota di F. Regine, *Questioni in tema di contratto preliminare e comunione legale*.

<sup>98</sup> Cass. Sez. Un. n. 6459/2020, cit.

<sup>99</sup> Peraltro, se si estendesse al patto fiduciario la norma sul contratto preliminare, si dovrebbe ammettere la trascrivibilità non soltanto della domanda di ritrasferimento coattivo (art. 2652 c.c.) bensì anche della promessa fiduciaria medesima (ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.).

<sup>100</sup> L'accertamento presuntivo del rapporto fiduciario trova le proprie radici nell'ordinamento di *common law*, dove si parla, a fianco del *express trust*, di *constructive trust* (e v. per approfondimenti V. Occorsio, *op. cit.*, p. 39 ss.).

Perché il fiduciante possa avere una migliore probabilità di ottenere una sentenza a sé favorevole, sarebbe quindi opportuno disporre di una prova scritta precostituita, che può essere data da dichiarazioni scritte del fiduciario in cui questi riconosca l'esistenza della promessa fiduciaria. Si trovano dichiarazioni dal tenore assai variegato: nel caso in cui il fiduciario abbia acquistato il bene da un terzo, si ha, ad esempio, 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 acquistato<sup>101</sup>. Nel caso in cui il fiduciario abbia acquistato il bene dal fiduciante con un atto simulato nella causa, queste dichiarazioni rappresentano una controdeklarazione, ossia elemento per far emergere la reale natura dell'attribuzione<sup>102</sup>.

Nella mentalità empirica delle parti, si potrebbe supporre che tali dichiarazioni siano idonee a colmare lo spazio tra situazione giuridica finale e situazione di proprietà del fiduciario: in altre parole, l'effetto del riconoscimento sarebbe già di per sé l'attribuzione al fiduciante di una proprietà 'sostanziale', a dispetto della proprietà 'formale' che rimarrebbe al dichiarante<sup>103</sup>.

Invece è ben chiaro che l'effetto giuridico di siffatte dichiarazioni non è il riconoscimento di un diritto reale in capo al fiduciante, bensì dell'esistenza di una promessa fiduciaria e, con essa, della situazione di squilibrio economico sottostante alla titolarità del fiduciario<sup>104</sup>. Non

---

<sup>101</sup> Vedi ad es., Cass. 12 ottobre 2018, n. 25381, in cui la dichiarazione era formulata nel modo seguente: «io sottoscritto nel pieno delle mie facoltà dichiaro che i sottoelencati sei beni immobili mi sono stati intestati con una intestazione fiduciaria ma la proprietà effettiva è dei miei genitori i quali hanno pagato i suddetti beni e pagano le relative utenze e manutenzioni».

<sup>102</sup> Per una rassegna delle espressioni utilizzate e sul relativo valore, vedi U. Carnevali, *Intestazioni fiduciarie*, cit., p. 458 ss.; C.A. Graziani, *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, XV, p. 509 ss.; C. Granelli, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Milano 1983, p. 50 ss.; E. La Rosa, *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 584 ss.

<sup>103</sup> Il rilievo è sollevato da R. Scognamiglio, *Riconoscimento di proprietà contenuto in un testamento*, in nota a Cass., 17 aprile 1950, in *Giur. compl. Cass.*, 1951, p. 39; e vedi anche C. Granelli, *Dichiarazioni ricognitive della proprietà altrui su beni intestati al dichiarante*, nota a Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, in *Foro it.*, 1985, I, 247, che parla di dissociazione tra titolarità giuridica e «situazione di appartenenza economica», nel senso che il dichiarante finisce con l'attestare che il destinatario non è affatto proprietario del bene dal punto di vista giuridico. Vedasi, per un più ampio ragionamento sul valore da attribuire alle dichiarazioni con cui si interviene su situazioni precedentemente determinate A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. 2, Tecnica*, Torino, 2015, p. 455 ss.

<sup>104</sup> Non può tacersi che per il riconoscimento effettuato da parte del mandatario, si è ritenuto che si trattasse di un riconoscimento di diritto reale, che «fa risaltare la titolarità effettiva della proprietà sostanziale in capo al mandante»: così S. Pugliatti, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, cit., c. 91 (condiviso da Campagna, *Il problema dell'interposizione di persone*, Milano, 1962, p. 96). L'A. ritiene che una simile dichiarazione sia idonea a costituire titolo per la trascrizione: l'atto di riconoscimento si colloca nel preciso ambito della trascrizione, e assolve la funzione di completare la fattispecie acquisitiva del diritto di proprietà con quella acquisitiva della legittimazione. Che un atto ricognitivo possa essere oggetto di trascrizione è confermato dall'art. 634 c.c. abrogato (atto di ricognizione di servitù: e cfr. G. Segrè, *Sulla trascrivibilità, a norma del codice civile, del documento di cui all'art. 634, dello stesso codice*, in *Foro it.*, 1924, I, c. 980 s.) nonché dall'art. 2651 c.c. vigente (trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione).



entra dunque in gioco la questione dell'ammissibilità del negozio di accertamento di un diritto reale<sup>105</sup>, né quello dell'efficacia traslativa delle dichiarazioni di riconoscimento<sup>106</sup>.

Si palesa in questo un'ulteriore differenza rispetto all'istituto della simulazione assoluta o della simulazione relativa soggettiva, nella quale un atto ricognitivo sarebbe idoneo a superare la dissociazione esistente «non già - come avviene nell'ipotesi del negozio fiduciario - tra titolarità giuridico-formale e realtà economica, bensì tra effettiva titolarità giuridica e intestazione formale del bene»<sup>107</sup>.

È sorta la questione se, nell'ambito dei rapporti fiduciari, le dichiarazioni unilaterali di questo tipo abbiano soltanto un valore ricognitivo o possano costituire la fonte stessa dell'obbligazione del fiduciario.

Va registrato al riguardo un isolato precedente giurisprudenziale secondo il quale tali dichiarazioni potrebbero rappresentare la fonte diretta dell'obbligazione del fiduciario: una dichiarazione unilaterale non costituirebbe una semplice promessa di pagamento, di valore meramente ricognitivo rispetto ad un impegno già assunto, ma sarebbe una valida fonte di obbligazione come «altro fatto» idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.: ciò accade a patto che essa contenga la chiara enunciazione dell'impegno attuale del

---

<sup>105</sup> E cfr. C. Granelli, *op. ult. cit.*, p. 50 ss. e p. 353 ss. (il quale ammette la configurabilità generale del riconoscimento dell'altrui diritto reale o personale, ma esclude - argomentando soprattutto sulla base della mancata riproposizione nell'ordinamento vigente dell'art. 634 c.c. abr. - la rilevanza del riconoscimento di quei diritti (reali e personali) la cui fonte consiste «in un atto negoziale a forma vincolata»); e cfr. 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.

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.

<sup>106</sup> Circa la potenziale efficacia traslativa o transattiva del fenomeno accertativo, si veda F. Gambino, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 1295 ss., il quale argomenta la natura mista del negozio di accertamento in base all'integrazione dell'attuale effetto dichiarativo e del potenziale futuro effetto traslativo. L'A. osserva come, per tale via, il negozio di accertamento diverrebbe trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 c.c. Sul punto v. anche C.A. Graziani, *Ricognizione (Atti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XV, pp. 509 e ss.: «non si tratta infatti di evitare il rischio che il riconoscimento produca effetti traslativi, ma di vedere se il riconoscimento sia idoneo a provare il rapporto, anche di natura reale, cui si riferisce».

<sup>107</sup> E. La Rosa, *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 604 ss.; e cfr. C. Granelli, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, cit., p. 55, il quale a titolo di esempio richiama dichiarazioni del tenore: «la casa a me intestata è in realtà tua, essendo simulato l'atto con cui me l'hai venduta; l'appartamento a me intestato è per metà di mia moglie, avendolo io acquistato in regime di comunione legale», e afferma che in questi casi una valutazione complessiva della dichiarazione convince che oggetto di quella parte di essa che potremmo chiamare ricognitiva è effettivamente l'attestazione dell'altrui diritto dominicale. Cfr. Cass. 11 agosto 1985, n. 4453, secondo cui in caso di interposizione fittizia è sufficiente al fine di riconoscere efficacia tra le parti al contratto simulato un 'documento ricognitivo sottoscritto' dalle indicate parti in conflitto; nonché Cass. 6 dicembre 1983, n. 7274, cit.

soggetto ad effettuare una determinata prestazione di cui sia determinato con esattezza l'oggetto<sup>108</sup>.

L'inammissibilità di tale conclusione giace sulla più volte rilevata tipicità sulla base delle promesse unilaterali e della possibile elusione rispetto al principio causalistico che siffatta soluzione comporterebbe: o la fonte dell'obbligo è il patto fiduciario – si osserva – o è la sua ricognizione unilaterale<sup>109</sup>. L'atto ricognitivo non potrebbe contemporaneamente avere dignità in quanto attuativo dell'impegno fiduciario ed in quanto fonte autonoma: «se attua non costituisce, se costituisce non attua»<sup>110</sup>.

Si era anche ipotizzato che la dichiarazione unilaterale del fiduciario potesse rappresentare una proposta contrattuale, della quale l'utilizzazione in giudizio da parte del fiduciante costituirebbe accettazione<sup>111</sup>: ma anche tale proposta non sembra esaustiva, in quanto ridurrebbe al momento del giudizio l'insorgere dell'obbligazione fiduciaria, che invece risale al momento della promessa.

Non può dunque che attribuirsi alle dichiarazioni di questo tipo natura meramente ricognitiva di un rapporto obbligatorio preesistente. Il loro effetto è dunque quello tipico del riconoscimento di debito ai sensi dell'art. 1988 c.c., ossia dispensare «colui a favore del quale è fatta dall'onere di provare il rapporto fondamentale». Si ha un'ipotesi di c.d. astrazione processuale<sup>112</sup>, in quanto l'esistenza del rapporto fondamentale «si presume fino a prova contraria» (art. 1988 c.c.).

---

<sup>108</sup>Così Cass. n. 10633/2014, cit.: trattandosi di beni immobili, è necessario che essa contenga altresì la completa identificazione dell'oggetto anche tramite indicazione dei dati catastali. Si era in presenza di una dichiarazione di questo tipo: «dichiaro che i seguenti beni ... sono stati a me intestati fiduciariamente al solo scopo di tutelare i rischi imprenditoriali di mio marito. Detti beni sono stati acquistati e pagati con denaro di sua esclusiva proprietà e a sua semplice richiesta mi impegno a ritrasferirgliene la proprietà che riconosco essere solo sua».

<sup>109</sup>Così A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1478 s.

<sup>110</sup>Così A. Gentili, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1478 s.

<sup>111</sup>Cass. 1° aprile 2003, n. 4886, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1041 ss.; si aveva anche in quel caso intestazione fiduciaria di un immobile acquistato con denaro del figlio alla madre, impegno di quest'ultima al ritrasferimento incorporato in una dichiarazione unilaterale, epperò, pur chiarendo che l'impegno della madre era stato trasfuso in una dichiarazione unilaterale, ha voluto qualificarla come una delle due manifestazioni di volontà tese alla conclusione del *pactum fiduciae* affermando che la volontà della madre era contenuta nella sua dichiarazione unilaterale, mentre la volontà del figlio era contenuta nell'atto di citazione).

<sup>112</sup>In dottrina, v. per tutti C. Furno, *Promessa di pagamento e riconoscimento di debito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 99 ss.; C.A. Graziani, *Le promesse unilaterali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, IX, t. 1, Torino, 1984, p. 671 s.; A. La Torre, *Accertamento negoziale, enunciative di contratto e riconoscimento unilaterale*, in *Giust. cit.*, 1962, I, p. 2247; B. Biondi, *Le servitù*, Milano, 1967, p. 239; V. Carbone, *Il riconoscimento del debito nell'ambito dell'attività ricognitiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1030. Al concetto di astrazione processuale fa riferimento anche la giurisprudenza: v. ad es. Cass. 11 novembre 2005, n. 22898, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. 1° dicembre 2003 n. 18311, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 12; Cass. Sez. un. n. 6459/2020, cit.

Dichiarazioni ricognitive della promessa fiduciaria possono essere inserite anche all'interno di un testamento<sup>113</sup>, anche nella forma della controdeklarazione in presenza di un trasferimento fiduciario simulato<sup>114</sup>.

Il testamento può pertanto diventare un efficace veicolo per far emergere l'esistenza di una interposizione fiduciaria e per consentire agli eredi di pretendere l'esecuzione del rapporto obbligatorio<sup>115</sup>.

In ogni caso, la promessa deve essere causalmente fondata e quindi deve sussistere a monte, oltre all'intenzione di essere fiduciario, anche l'elemento oggettivo dello squilibrio patrimoniale. Altrimenti, il dichiarante potrebbe, in un secondo momento, far valere la mancanza dell'obbligazione sottostante<sup>116</sup>. Ci si potrebbe altrimenti prestare a facili frodi da parte di un soggetto che intenda qualificare la causa del trasferimento a terzi come *solutionis causa* di un'obbligazione fiduciaria sfuggendo così alle pretese degli eredi o altri aventi causa.

Affiora il rischio - già insito, ad esempio, nell'adempimento dei doveri morali - di un utilizzo abusivo del meccanismo fiduciario, che richiede un attento scrutinio proprio di quell'elemento dello squilibrio patrimoniale che reputiamo essenziale per l'efficacia obbligatoria della promessa fiduciaria.

---

<sup>113</sup>In dottrina, osserva che non è possibile il riconoscimento del debito all'interno del testamento chi propende per la natura recettizia di tale dichiarazione, sulla base del rilievo per cui l'identità del destinatario fa mutare gli effetti dell'atto: quando sia reso al terzo è liberamente apprezzabile dal giudice, se è invece rivolto al titolare del diritto costituisce fonte di prova: per la soluzione positiva v. G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento, Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, in rist. Napoli, 2010; Id., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 104; L. Carraro, *Dichiarazione recettizia*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1960, p. 597). *Contra*, M. Giorgianni, *Il negozio*, cit., 72; F. Messineo, *Manuale*, cit., 143; G. Branca, *Delle promesse unilaterali*, cit., p. 369; G. Tamburrino, *Sull'inquadramento della promessa di pagamento e della ricognizione di debito fra le promesse unilaterali*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, III, p. 571 ss.; C. Falqui-Massidda, *op. cit.*, 85; E. La Rosa, *op. loc. ult. cit.*; P. Mazzamuto, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 2, p. 669 ss., spec. § 5 ss.

<sup>114</sup>Che il testamento possa ad esempio contenere una controdeklarazione di un contratto simulato, è opinione condivisa dalla dottrina: cfr. A. Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, p. 127 ss. e p. 217 ss.; R. Triola, *Il testamento*, II ed., Milano, 2012, p. 339 ss.; *idem* dicasi per la confessione: v. M.D. Bembo, *La confessione testamentaria*, in *Trattato Bonilini II-La successione testamentaria*, Milano, 2012, p. 907 ss.

<sup>115</sup>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. 39.

<sup>116</sup>E cfr. Cass. 2.8.2019, n. 20858: una dichiarazione unilaterale è stata ritenuta «nulla perché non si riveniva la ragione per la quale doveva essere ritenuta meritevole di tutela quella promessa di trasferire a terzi a titolo gratuito».