

## CAPITOLO 1

# PREMESSE. LE ORIGINI DEL DIBATTITO. LA TRADIZIONE

SOMMARIO: 1.1. La fiducia e i contratti fiduciari. Una premessa. – 1.2. Le origini storiche del dibattito sulla fiducia. – 1.3. La proposta di Cesare Grassetti in ordine alla validità del negozio fiduciario. – 1.4. Le discussioni delle tesi di Cesare Grassetti. – 1.5. La legittimazione delle principali operazioni fiduciarie nella giurisprudenza. L'allineamento di una parte della dottrina e il consolidamento nella prassi. – I. La legittimità degli accordi fiduciari. – II. Considerazioni conclusive. – 1.6. Fiducia e mandato: i problemi da approfondire. – I. L'inquadramento generico delle operazioni fiduciarie in un contratto di mandato. – II. Le possibili integrazioni del mandato (il contratto base). – III. Un breve confronto tra mandato ed Agency. – IV. Alcune brevi considerazioni conclusive. – 1.7. La validità di accordi fiduciari solo verbali, anche se hanno ad oggetto beni immobili, con riferimento al mandato: l'importante sentenza della Cass. SS.UU. 6 marzo 2020, n. 6459. – I. Contenuto della decisione e motivazioni. – II. I principali commenti della dottrina. – III. Le nostre considerazioni. – 1.8. Considerazioni conclusive.

### 1.1. *La fiducia e i contratti fiduciari. Una premessa*

i) Sulla fiducia e sui contratti fiduciari si è scritto molto in Italia, con approfondimenti e dibattiti già alla fine dell'Ottocento e nei primi anni del Novecento, seguendo le impostazioni prevalentemente negative ereditate dal sistema francese, ma considerando con attenzione anche gli importanti contributi positivi della pandettistica e del sistema tedesco, nella sua prima fase di evoluzione<sup>1</sup>.

Il riferimento al sistema tedesco, che ha certamente influenzato in modo notevole le impostazioni della nostra dottrina sui negozi fiduciari, ha perso tuttavia decisamente rilievo intorno agli anni Trenta: l'evoluzione successiva della dottrina e della giurisprudenza, che è stata importante in entrambi

---

<sup>1</sup> Riassumiamo brevemente questo primo periodo (fine Ottocento/anni Trenta del Novecento) al par. 1.2.

i Paesi<sup>2</sup>, non è stata presa in considerazione in modo adeguato in Italia, anche se un esame più attento poteva essere certamente utile per riconsiderare i problemi che già, negli anni Trenta, non risultavano definiti in modo chiaro ed efficiente.

È probabile che la scarsa attenzione alla prassi da parte della dottrina e l'evoluzione in quegli anni di impostazioni più interessate ad una riconsiderazione "scientifica" (su basi logico-giuridiche, con particolare attenzione alla messa a punto del nuovo Codice civile) abbia confinato in un'area di scarso interesse i problemi relativi al negozio fiduciario, considerati più legati alla prassi operativa.

Si può, tuttavia, ritenere che un maggior interesse all'evoluzione di alcune operazioni fiduciarie si possa già notare intorno agli anni Venti e Trenta del Novecento, fino all'inquadramento più chiaro e tecnicamente preciso a seguito dell'impostazione proposta da C. Grasseti<sup>3</sup>, che ha determinato uno sviluppo importante negli anni successivi, sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>4</sup>.

Nonostante critiche anche di rilievo<sup>5</sup>, l'impostazione di C. Grasseti ha comunque costituito una base di riferimento per una dottrina e una giurisprudenza sulle operazioni fiduciarie che può ritenersi ormai sostanzialmente consolidata<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup>In ordine all'esperienza tedesca si è considerato soprattutto la tipizzazione dei contratti di fiducia amministrazione e di fiducia a scopo di garanzia; la netta distinzione tra fiducia e mandato e l'evoluzione di dottrina e giurisprudenza che porta ormai a ritenere il patrimonio gestito dal fiduciario come un patrimonio separato. (Cfr. Cap. 4, par. 4.7). In ordine all'esperienza francese si sono analizzati diversi interventi su problemi specifici (cfr. Cap. 4, par. 4.8 e 4.11) e la recente regolamentazione delle operazioni fiduciarie conseguente all'approvazione della *loi sur la fiducie*. Consideriamo anche la permanenza di impostazioni "sotto traccia" che ricorrono al mandato per regolare operazioni sostanzialmente fiduciarie. (Cfr. Cap. 4, par. 4.10).

<sup>3</sup>Con un breve e chiaro intervento del 1936 analizzato con ampiezza al successivo par. 1.3. Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss. Interessanti anche le considerazioni di C. Grasseti in ordine ai temi del matrimonio fiduciario (cfr. C. GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, Torino, 1951); alla fiducia liberalità, alla donazione modale fiduciaria e al deposito a scopo di garanzia. Esponiamo con ampiezza le impostazioni di C. Grasseti ai successivi par. 1.5 e 1.6.

<sup>4</sup>Segnatamente con l'apporto della scuola milanese, in particolare P.G. Jaeger e U. Carnevali, come si vedrà in seguito.

<sup>5</sup>Cfr. i par. 1.5, 1.6 e 1.7 del Cap. 1, dove si indicano i principali aspetti del dibattito sulla fiducia sono stati indicati in modo ampio.

<sup>6</sup>Per la dottrina abbiamo considerato, in particolare, U. CARNEVALI, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, 2, p. 595 ss.; U. CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario critico di dir. priv.*, a cura di N. Irti, tomo primo, Milano, 1980, p. 455; U. CARNE-

I contratti fiduciari sono ritenuti accordi tipizzati e legittimamente riservati, dato che il carattere fiduciario di determinate operazioni non è noto ai terzi non importa che possa avvalersi di atti “relativamente” simulati<sup>7</sup>.

Occorre sottolineare, tuttavia, che una parte della dottrina italiana ha mantenuto l'inquadramento delle principali operazioni fiduciarie, genericamente, in un contratto di mandato (richiedendo comunque la forma scritta per la legittimità di accordi relativi ad immobili, in relazione all'art. 1351 c.c.) considerando il fiduciario/mandatario come un mero legittimato e non come il titolare di un autonomo diritto di proprietà e comunque, non ritenendo che gli accordi fiduciari possano dar luogo a specifici ed autonomi contratti tipizzati<sup>8</sup>.

---

VALI, *Negozio Giuridico*, III (voce) *Negozio Fiduciario*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, Roma, 1990, Vol. XX, p. 1 ss.; U. CARNEVALI, *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*, in *I Contratti*, 1998, n. 1, p. 23 ss. Cfr. anche P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 44. Cfr. anche U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in AA.VV., *Fiducia, trusts, mandato ed agency*, Milano, 1991, p. 17 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, in I. BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 81 ss.; A. GAMBARO, (voce) *Trust*, in *Digesto disc. priv.*, Vol. XIX, Torino, 1999, p. 449 ss.; A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei Diritti Reali*, Vol. I, Milano, 2008, p. 3 ss.; A. GAMBARO, *Note in tema di proprietà non egoista*, negli *Studi in onore di P. Rescigno*, 2017; R. SACCO, *Il contratto fiduciario*, in *Obbligazioni e contratti*, *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, pp. 309-312; R. SACCO, (voce) *Contratto indiretto*, in *Digesto disc. priv. (aggiornamento)*, Torino 2011, p. 266 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Rodolfo Sacco, tomo primo, Torino, 2005, p. 667 ss. Cfr. anche P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *Trattato del contratto*, tomo III, Milano, 2010, p. 2407 ss.; P.M. PUTTI, (voce) *Negozio Fiduciario*, in *Digesto disc. priv., aggiornamento*, Vol. II, Torino, 2003, p. 911 ss.; F. GALGANO, *La Fiducia*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, Vol. II, tomo primo, Padova, 2004, p. 517 ss. Per una interessante sintesi cfr. di recente L.E. PERRIELLO, *Unitarietà causale, proprietà conformata e tutela reale: verso una lettura rafforzata della fiducia*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2019, Napoli, p. 421 ss.

<sup>7</sup>Questo certamente è un punto importante nell'impostazione di C. Grassetti, criticato da una parte della dottrina, ma alla fine condiviso nella sostanza dalla maggioranza dei giuristi che si sono occupati di questo problema fondato anche su un processo di consolidamento della giurisprudenza, che ha anche determinato un definitivo assestamento della prassi (cfr. ampiamente su questo tema il par 1.5).

<sup>8</sup>Per questa impostazione e in particolare per l'inquadramento delle operazioni fiduciarie in un contratto di mandato cfr. A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; A. GENTILI, *La fiducia*, in *Manuale di dir. priv. eur., Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Vol. II, Milano, 2007, p. 207 ss.; A. GENTILI, *La fiducia: tipi e problemi (e una proposta di soluzione)*, in E. GINEVRA (a cura di), *La Fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato regole del mercato finanziario*, Milano, 2012, p. 31 ss.; A. GENTILI, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile post moderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Ro-*

Di recente, infine, una importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite<sup>9</sup>, seguendo ancora l'inquadramento degli accordi fiduciari in un contratto di mandato<sup>10</sup> e rifacendosi ad alcuni precedenti che non ritenevano necessaria la forma scritta prevista in generale per il mandato ad alienare, *ex art. 1351 c.c.*<sup>11</sup>, ha riaperto la tendenza a considerare valide operazioni fiduciarie relative ad immobili, anche se risultanti solo da accordi verbali<sup>12</sup>, secondo un orientamento più liberale, che si può ricondurre alle considerazioni sviluppate ampiamente già negli anni Sessanta da Nicola Lipari<sup>13</sup>, riconsiderando orientamenti che erano rimasti sostanzialmente sotto traccia, anche se riguardavano interessi che potevano certamente considerarsi di rilievo<sup>14</sup>.

---

*ma il 3 marzo 2017, organizzati dalla Fondazione Italiana del Notariato, pp. 134-144. A. GENTILI, Il contratto simulato. Teoria della simulazione e analisi del linguaggio, Napoli, 1982, che sottolineava il carattere obbiettivamente simulato del trasferimento dei beni dal fiduciante al fiduciario, effettuato con una vendita o con una donazione. Per ulteriori e importanti analisi critiche cfr. E. GINEVRA, La partecipazione fiduciaria in S.p.A., Torino, 2012, p. 447 ss.; G.B. PORTALE, E. GINEVRA, Intestazione a società fiduciarie di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui, in Studi P.G. Jaeger, Milano, 2011, p. 415 ss.; F. ALCARO, Esercizio del potere fiduciario e dimensione possessoria, in La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato e regole del mercato finanziario, Atti del Convegno di Bergamo 22/23 aprile 2012, a cura di E. GINEVRA, Milano, 2012, p. 97 ss. e F. ALCARO, Mandato e fiducia, in I patrimoni segreti tra tradizione e innovazione, Torino, 2017. Vd. anche V. DE STASIO, Intestazione fiduciaria di quote di S.r.l., in La Fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario. Atti del Convegno di Bergamo 22-23 aprile 2012 a cura di E. Ginevra, Milano, 2012, p. 449 ss. Sull'inquadramento del negozio fiduciario, nell'ambito di un mandato, cfr. di recente A. BUSANI, Il Trust, Padova, 2020, p. 130 ss. e 162 ss. Si discute, comunque in modo più approfondito, in ordine a questi punti, nei successivi par. 1.6 e 3.2. Particolare attenzione riteniamo debba essere dedicata agli interventi di M. GRAZIADEI, (voce) Mandato, in Digesto disc. priv., Vol. XI, Torino, 1994, p. 154 ss.; M. GRAZIADEI, Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario, in Quadrimestre, 1990, p. 1 ss.; M. GRAZIADEI, Fiducia e trust in Italia, in Studio in memoria di Giovanni Criscuoli, p. 349 ss.; M. GRAZIADEI, (voce) Fiduciaria (società) in diritto comparato, in Digesto disc. priv. (sez. comm.), Vol. VI, Torino, 1991, pp. 112-119; A. GAMBARO, La proprietà fiduciaria, in Il diritto di proprietà, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo continuato da Luigi Mengoni, Vol. III, tomo secondo, Milano 1995, pp. 609-650.*

<sup>9</sup>Cfr. Cass. SS.UU. 6 marzo 2020, n. 6459, in *Foro it.*, 2020, I, 1936 ss.

<sup>10</sup>Cfr. su questo punto par. 1.7. con le relative osservazioni critiche.

<sup>11</sup>In realtà si trattava di precedenti non molto chiari e in netta minoranza rispetto ad un orientamento da tempo consolidato.

<sup>12</sup>L'analisi della sentenza, con richiamo dei principali commenti in dottrina è sviluppata al par. 1.7.

<sup>13</sup>Cfr. par. 1.4 del Cap. 1.

<sup>14</sup>Con particolare riferimento agli accordi tra familiari che sono spesso solo verbali (si può considerare come esempio tipico lo stesso caso concreto deciso dalle SS.UU. e esposto ampia-

Si noti anche che l'apertura alla piena legittimità del *trust* interno e gli importanti approfondimenti che ne sono conseguiti<sup>15</sup> hanno favorito una contrapposizione tra operazioni fiduciarie “note ai terzi” e operazioni fiduciarie “riservate”, in linea con l'impostazione tradizionale fin qui considerata<sup>16</sup>. Questo approccio ha sostanzialmente legittimato un inquadramento critico radicale che, in base a considerazioni, certamente di rilievo, su importanti aspetti non chiari delle operazioni fiduciarie “riservate” e su un'analisi delle principali sentenze della Cassazione, dagli anni Trenta fino ad oggi, ha ritenuto, nel loro complesso, le operazioni fiduciarie “riservate” come *illegittime*, in linea generale<sup>17</sup>.

Si rileva anche che il quadro di riferimento sulle operazioni fiduciarie “riservate” è stato molto semplificato (e questa attitudine si vede in particolare nella nota sentenza della Cass. SS.UU. 16 marzo 2020, n. 6459). In realtà, un'analisi attenta della prassi consente di ritenere pienamente legittimi e definitivamente tipizzati gli accordi fiduciari che, in relazione alle loro specifiche finalità, abbiamo definito come contratti di fiducia amministrazione, di fiducia a scopo di garanzia, di fiducia liberalità, di fiducia liquidazione, di fiducia a garanzia di adempimenti contrattuali<sup>18</sup>.

In questo quadro, si rileva che non può essere accolta una semplificazione che limita gli accordi fiduciari tipizzati alla semplice fiducia amministrazione con qualche criticità anche per la fiducia a scopo di garanzia<sup>19</sup> e ritiene legittimi accordi fiduciari verbali, anche quando abbiano ad oggetto immobili, con una rivisitazione di tendenze che sembravano da tempo superate<sup>20</sup>.

---

mente al par. 1.7). Si pensi anche al caso di soggetti perseguitati per ragioni razziali o religiose e il considerevole numero di casi durante il periodo fascista e nazi-fascista degli anni 1941/45.

<sup>15</sup> Verifichiamo con ampiezza gli aspetti relativi all'evoluzione del *trust* interno e della proposta di M. Lupoi sull'affidamento fiduciario al Cap. 3, par. 3.2 e 3.3.

<sup>16</sup> Cfr. in particolare Cap. 3.1 Trasferimento di azioni o quote a società fiduciarie; par. 3.2 Trust interno; 3.3 Affidamento fiduciario.

<sup>17</sup> Questi punti sono approfonditi al Cap. 3, ai par. 3.2 e 3.3. con particolare riferimento all'importante saggio di M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, *passim* e in particolare p. 139 ss. Le nostre conclusioni sono espone al par. 3.5. Non riteniamo peraltro di condividere questa impostazione, così radicale. (esponiamo le considerazioni su questo tema ai par. 3.3 e 3.5 del Cap. 3).

<sup>18</sup> Vi sono diversi casi di operazioni “riservate” che possono considerarsi illegittimi, con riferimento alla *causa in concreto* degli accordi specifici intervenuti tra le parti. Di seguito si indicano i casi di maggior rilievo in relazione alle diverse operazioni tipizzate e che, pertanto, debbono essere attentamente considerati.

<sup>19</sup> È la linea semplicistica seguita dalla sentenza della Cass. SS.UU. 9 marzo 2020, n. 6459.

<sup>20</sup> Per un primo approfondimento di questi problemi, cfr. par. 1.7.

Si può quindi ritenere che i tempi siano maturi per una rivisitazione dei problemi posti dal corretto inquadramento delle operazioni fiduciarie nel nostro sistema e verificare più ampiamente la dottrina che, a seguito dell'intervento di C. Grassetti, si può ritenere ormai consolidata.

Le domande che è necessario porsi sono: la fiducia è ancora una operazione legittima nella sua sostanza? I contratti fiduciari sono ancora diffusi nella prassi e non si riducono alla sola fiducia amministrazione, dato che è possibile considerare pienamente legittime e tipizzate anche altre operazioni<sup>21</sup>? La riservatezza delle operazioni fiduciarie è ancora legittima? La ampia diffusione del *trust* interno nel nostro sistema può avere, alla fine, modificato le impostazioni tradizionali su questo tema?

Questi sono i quesiti che ci si propone di risolvere, in base ad un approfondimento attento della dottrina e della giurisprudenza, non trascurando comunque l'analisi di impostazioni consolidate nella prassi.

Si indica qui di seguito le analisi sviluppate in questo studio.

i) Si è ritenuto opportuno rivisitare innanzitutto, l'origine del dibattito sulla fiducia ed il mutamento sostanziale della dottrina e della giurisprudenza in ordine all'impostazione negativa tradizionale consolidata nell'Ottocento e maggiormente legata alla dottrina e alla prassi francese ed operativa almeno fino agli anni Trenta del Novecento. Il contributo al dibattito dato dalla pandettistica, dalla fine dell'Ottocento fino ai primi decenni del Novecento, con la messa a punto di regole e prassi, che hanno legittimato gli accordi fiduciari, è stato analizzato con maggiore ampiezza definendo la struttura e le principali regole in ordine alla fiducia cd. "romanistica" caratterizzata, nelle impostazioni tradizionali, come è noto, dal cd. "potere di abuso" del fiduciante.

ii) Si sottolinea il mutamento importante nell'inquadramento in generale dei negozi fiduciari a seguito dell'intervento di C. Grassetti del 1936 (esposto in modo più ampio al par. 1.3 e si dà conto del successivo dibattito sulle tesi da lui proposte al par. 1.4).

Si indica, quindi, il sostanziale consolidamento, negli anni successivi, di regole operative sulle principali operazioni fiduciarie, sia in dottrina che in

---

<sup>21</sup> Rispondiamo positivamente a questa domanda e consideriamo al Cap. 2 oltre alla fiducia amministrazione, la fiducia a scopo di garanzia, la fiducia liberalità, la fiducia liquidazione e la fiducia a garanzia di adempimenti contrattuali; ritenendo che queste operazioni si siano tipizzate da tempo con regole che si sono sviluppate nella prassi, e che consentono di definire in modo appropriato la causa in concreto delle diverse operazioni. Ovviamente, è necessario anche considerare in modo specifico i limiti di legittimità che debbono essere indicati in modo specifico.

giurisprudenza, in ordine alla legittimità di operazioni fiduciarie “riservate”, sottolineando limiti e criticità e considerando anche il contenuto degli accordi definiti nella prassi.

iii) Sembra importante anche analizzare con attenzione le sostanziali differenze tra “fiducia” e “mandato”, anche con riferimento ad una breve comparazione con i problemi e la prassi dell’*agency*. Si sono riportate, quindi, con ampiezza, le conclusioni della Cass. SS.UU. 6 marzo 2020, n. 6459, che inquadra le operazioni fiduciarie in un mandato e non ritiene necessaria la forma scritta, anche quando gli accordi fiduciari abbiano ad oggetto immobili. Si sono analizzati i commenti di maggior rilievo della dottrina formulando, quindi, alcune conclusioni critiche (par. 1.7).

iv) Infine, si è cercato di indicare, in modo più approfondito, le operazioni fiduciarie che si possono ritenere ormai tipizzate e definitivamente consolidate nella prassi, indicandone con attenzione i limiti di legittimità<sup>22</sup>.

v) Si è cercato anche di affrontare e approfondire i problemi correlati al diffondersi della *fiducia legale* (intestazione di quote di S.r.l. o azioni di S.p.A. o trasferimento di valori mobiliari a società fiduciarie) con riferimento:

- all’inquadramento dei contratti di intestazione fiduciaria nel mandato, anche in questi casi ed agli effettivi contenuti di questa tendenza, che non riteniamo di condividere;
- alle modalità operative delle intestazioni fiduciarie e alla loro qualificazione, in determinati casi, come fiducia *germanistica*, valutando con attenzione i contenuti sostanziali di questo inquadramento. Si esprime, su questo punto, opinione negativa, ritenendo che, anche in questi casi, si tratti ancora di operazioni fiduciarie “riservate”, seppure in senso ampio<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> L’analisi di questi temi è stata piuttosto trascurata dalla nostra dottrina. Tuttavia, è importante verificare le operazioni che giurisprudenza ed operatori ritengono legittime ed i loro contenuti essenziali. Il termine “*contratto fiduciario riservato*”, anziché il più diffuso “contratto fiduciario”, sottolinea meglio il carattere *atipico* dei contratti fiduciari analizzati in questo studio, seguendo l’interpretazione di E. Gabrielli. (Cfr. E. GABRIELLI, *Operazione economica e teoria del contratto*, Studi, Milano, 2013, p. 22 ss.) per descrivere contratti con distinte cause negoziali, che realizzano però uno scopo economico *unitario*. Indichiamo come operazioni fiduciarie tipizzate la fiducia amministrazione, la fiducia liberalità, la fiducia a scopo di garanzia, la fiducia a scopo di liquidazione, la fiducia a garanzia di adempimenti contrattuali. Indichiamo anche alcune operazioni che non possono, a nostro avviso, considerarsi chiaramente tipizzate.

<sup>23</sup> Cfr. le considerazioni svolte *infra*, par. 3.2 (per il sistema italiano) e il par. 4.3 per un confronto con il sistema tedesco, par. 4.3.

vi) Si valuteranno anche, in linea generale, gli sviluppi del *trust* interno nel nostro Paese; la interessante proposta di Maurizio Lupoi sull'affidamento fiduciario; la destinazione di beni, *ex art. 2645 ter c.c.* e i possibili aspetti fiduciari nell'attribuzione di beni a terzi affidatari, fino al punto di ritenere l'Italia qualificabile come una *trust country*, esponendo, su questo punto, parere negativo.

vii) Si dedica un particolare approfondimento alla comparazione con il sistema tedesco, specialmente sulla fiducia amministrazione e sulla fiducia a scopo di garanzia, contando di trarne utili elementi di conferma e di razionalizzazione in ordine alla validità delle principali operazioni fiduciarie nel nostro Paese, con particolare riferimento ad un punto già indicato e giudicato rilevante e, cioè, alla possibilità di considerare i beni correttamente gestiti dal fiduciario, secondo oggettivi criteri professionali, come un patrimonio separato.

viii) Anche il confronto col sistema francese è sembrato molto utile. Dopo l'approvazione della *loi sur la fiducie*, la Francia infatti è un interessante modello di confronto in ordine all'efficacia ed anche ai limiti di una fiducia regolata dalla legge. Al fiduciario sono affidati poteri che lo avvicinano al *trustee* (sia pure con alcune sostanziali differenze e criticità) con l'esclusione, quindi, della validità di operazioni fiduciarie "riservate". Sembra corretto tuttavia ritenere, anche nel quadro del nuovo sistema, legittima la possibilità di ricorrere ancora a mandati riservati, con sostanziale carattere fiduciario, in base ad una prassi da tempo consolidata, sia pure con limiti piuttosto chiari, che sembra si sia mantenuta anche dopo l'approvazione della *loi sur la fiducie*.

Pensiamo così di poter completare, in modo adeguato, le nostre conclusioni in ordine alla legittimità di operazioni fiduciarie "riservate", indicandone in sintesi le principali caratteristiche.

## 1.2. *Le origini storiche del dibattito sulla fiducia*

L'attenzione verso il negozio fiduciario, nei termini e secondo i modelli che hanno avuto influenza nel successivo dibattito, inizia nel nostro Paese alla fine dell'Ottocento, sottolineando che fino ad allora, sia la dottrina che la giurisprudenza, avevano fatto riferimento al modello francese, sulla base dei più diffusi *Traité de droit civil*, che non si occupavano di operazioni fi-

duciarie, ma ammettevano casi di mandato, con sostanziali contenuti fiduciari<sup>24</sup>. In linea generale, tuttavia, con l'approvazione del *Code Civil*, la fiducia era stata considerata un'operazione sostanzialmente illegittima rispetto alla precedente prassi favorevole che si era consolidata nell'*ancien droit*<sup>25</sup>.

i) I primi studi e le prime discussioni, specifiche sulla fiducia, si ricollegano alla diffusione del *Diritto delle Pandette* di Windscheid, commentato nel nostro sistema da C. Fadda e P.E. Bensa<sup>26</sup> ed allo studio di importanti contributi di autori tedeschi che scrissero nell'ultimo ventennio dell'Ottocento<sup>27</sup>.

I giuristi italiani, che si sono occupati dei negozi fiduciari, si interessano alla fiducia nei primi anni del Novecento, con analisi sofisticate sulle fonti tedesche, ma con obbiettivi più di illustrazione ed indicazione della compatibilità con i principi del diritto italiano, piuttosto che con la volontà di approfondire le caratteristiche della fiducia, come nuovo istituto suscettibile di applicazioni concrete nel nostro sistema<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. per un primo approfondimento su questi punti, il par. 4.3.

<sup>25</sup> È importante sottolineare che il *Code Civil* aveva determinato una cesura netta con la prassi diffusa nell'*ancien droit* francese soprattutto perché, come si è sottolineato anche di recente (cfr. P. DUPICHOT, *Rapport de synthèse*, in *La fiducie dans tous ses états*, Paris, 2011, p. 89 ss.). La fiducia era stata ritenuta, nelle versioni più diffuse, contraria ai principi generali ai quali si era ispirato il *Code Civil*, considerati di *ordine pubblico* e di rilevanza "quasi costituzionale". Questo perché si riteneva che la proprietà fiduciaria giustificasse la divisione tra un *domaine utile* e un *domaine eminent* e quindi la legittimità dei fedecommissi, consentendo inoltre di realizzare patti commissori, con gravi rischi di usura. Si riteneva comunque che gli accordi *segreti* costituissero addirittura una minaccia per la famiglia legittima; fossero contrari alle nuove regole successorie e, in generale comportassero l'introduzione di nuove forme di proprietà, in contrasto con il principio del numero chiuso dei diritti reali. Cfr. per l'analisi delle operazioni fiduciarie nell'*ancien droit* anche C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, 1981, p. 31 e ss. Su queste basi si fonda l'orientamento, nettamente prevalente nella giurisprudenza e nella prassi italiana dell'Ottocento, di non considerare legittime le operazioni fiduciarie "riservate".

<sup>26</sup> Cfr. C. FADDA, P.E. BENZA, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana di B. WINDSCHEID, *Con note riferite al diritto italiano vigente*, Torino, 1902, p. 948 ss. e, ancora prima, C. FADDA, Nota a Tribunale di Bari 4-12 dicembre 1983, in *Annuario Critico di Giurisprudenza Pratica*, Vol. IV, 1894, p. 113 ss.

<sup>27</sup> In particolare, cfr. F. REGELBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession*, in *Arch. F.D. Civ. Prax* (XLIII), 1880, p. 173 e ss. che si riferisce specialmente agli studi di Kohler sulla riserva mentale e sulla simulazione. (Cfr. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher* XVI, 1878, p. 91 ss. ed anche in *Pandekten*, Vol. I, Leipzig 1883, p. 510 ss.). Cfr. anche A. SCHULTZE, *Treuband im geltenden bürgerlichen Recht*, in *Jherings Jahrbücher*, 1901, p. 1 ss.; F. GOLTZ, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft: mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes*, Marburg 1901.

<sup>28</sup> Cfr., oltre a C. FADDA, P.E. BENZA, *Il Diritto delle Pandette*, cit. F. FERRARA, *I negozi fiduciaria-*

Il dibattito sul negozio fiduciario dagli inizi del Novecento fino alla fine degli anni Trenta (ed in pratica fino agli anni Cinquanta) è infatti caratterizzato da spiccati interessi di carattere *sistematico* e *dogmatico* e con dubbi sulla validità delle operazioni fiduciarie. Si discuteva, infatti, della fiducia come negozio giuridico con una legittima causa atipica o della sua illegittimità, perché in contrasto con principi che si ritenevano da tempo consolidati nel nostro sistema giuridico.

ii) Il negozio fiduciario continuava tuttavia ad essere pressoché sconosciuto nella prassi italiana dell'epoca<sup>29</sup>, legata ancora molto strettamente sotto il vigore del Codice Civile del 1865 al sistema francese<sup>30</sup> e, di conseguenza, l'interesse a verificare in concreto se un'operazione fiduciaria poteva essere considerata legittima era di scarso rilievo<sup>31</sup>.

Nella prassi dell'epoca si riteneva, come si è detto, che per realizzare finalità fiduciarie potesse essere utilizzato, in qualche caso, un contratto di mandato<sup>32</sup>. Tuttavia, si sottolineava che, se il mandato regolava un incarico troppo lungo ed articolato, si sarebbe potuta configurare una proprietà atipica del mandatario, in contrasto con il principio (di ordine pubblico) della tipicità dei diritti reali<sup>33</sup>.

---

ri, in *Scritti per le onoranze a Vittorio Scialoja*, Milano, 1905, II, p. 745 ss.; G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1908, *passim*.

Un approfondimento delle tesi esposte da questi importanti giuristi e dai dibattiti che ne sono seguiti potrebbe essere certamente utile. Riteniamo, comunque, che si tratti di approfondimenti importanti, sotto il profilo storico, ma non più rilevanti, sotto il profilo operativo.

<sup>29</sup> L'osservazione è di C. Fadda; lo ricorda con finezza F. TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni transmorte*, in A. DONATI, A. GARILLI-SMAZZARESE, A. SASSI, *Studi in onore di Antonio Palazzo*, in *Diritto privato* a cura di Smazzarese e A. Sassi, 2, Torino, 2009, p. 885 ss.

<sup>30</sup> Si deve infatti ricordare che negli studi degli avvocati e sul tavolo dei magistrati non mancavano mai i Trattati di Diritto Civile, tradotti dal francese ed integrati con riferimento al diritto italiano e in particolare i Trattati di G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité droit civil*, Paris, 1850; G. DEMOLOMBE, *Traité droit civil*, Paris, 1875 e di F. LAURENT, *Traité de droit civil*, Paris, 1875.

<sup>31</sup> Cfr. *retro*. Occorre anche considerare che sia in Italia che in Francia solo il carattere fiduciario di determinate operazioni regolate dal Codice del Commercio e meno legate ai principi negativi che condizionavano il sistema civile era di fatto riconosciuto. Anche nel sistema civile qualche caso si poteva in effetti documentare soprattutto, come si è detto, con riferimento al contratto di mandato, ma non vi erano comunque studi specifici, né una prassi chiara e condivisa (vd. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 41 ss.).

<sup>32</sup> Ricordiamo ancora C. WITZ, *op. ult. cit.*, p. 36 e p. 41 ss. Vd. su questo punto anche M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, in *Quadrimestre*, 1990, n. 2, p. 273 ss. Si ricorda che questa situazione è rimasta sostanzialmente invariata in Francia fino al 2007 (e, quindi, anche dopo l'approvazione della *loi sur la fiducie*. Cfr. *infra*, Cap. 4, par. 4.5 ss.).

<sup>33</sup> Cfr. anche le considerazioni svolte *infra*, Cap. 4, par. 4.4. ss.

Inoltre, si considerava molto spesso l'operazione fiduciaria come un'operazione simulata: il fiduciario era qualificato come un *prête-nom* e l'accordo fiduciario come un accordo segreto (*contre-lettre*) della cui legittimità si poteva dubitare<sup>34</sup>.

Non vi erano studi particolari volti a valorizzare alcune operazioni fiduciarie che la giurisprudenza considerava in qualche caso legittime ed erano comunque abbastanza diffuse nella prassi<sup>35</sup>.

iii) L'interesse suscitato in Italia dall'analisi della dottrina tedesca fu, invece, rilevante<sup>36</sup>.

Alcune brevi considerazioni: la dottrina tedesca dell'epoca che, come è noto, aveva posto le basi tecniche per la redazione del nuovo BGB, aveva contribuito a consolidare un intero sistema con metodi "logici" e "sistematici" rigorosi, volti a dare fondamento ad una costruzione ("dogmatica") degli istituti giuridici, con un'impostazione che proprio negli ultimi anni dell'Ottocento si era imposta per la sua autorevolezza ed aveva raggiunto una diffusione ampia anche tra i giuristi italiani<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Questa tendenza è stata sempre molto netta in Francia già nell'Ottocento e non si è modificata *nella sostanza* nel corso del Novecento. La distinzione, che abbiamo sottolineato specialmente al Cap. 2, par. 2.3, tra *intestazione fittizia* (operazione che si ritiene simulata e quindi nulla anche nel nostro attuale sistema) e *fiducia amministrazione valida*, non è stata mai accolta con chiarezza, nonostante alcune voci contrarie (cfr. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 40 ss.; M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese*, cit., p. 36 ss. e più ampiamente in *Réflexions sur la fiducie*, Paris, 1988, p. 36 ss.).

<sup>35</sup> Vd. ancora C. WITZ, *op. ult. cit.*, p. 43 ss. in ordine alla "*survie de la fiducie*", entro limiti modesti, grazie ad una giurisprudenza più tollerante, senza però contributi chiari della dottrina. Per ulteriori approfondimenti su questo punto, cfr. il par. 4.8, III.

<sup>36</sup> Tra gli studi critici che ebbero maggior rilievo, cfr. G. SEGRÉ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti in caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1929, III, p. 834 e ss.; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, p. 414 ss.; vd. anche T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Roma, 1931, p. 23 ss. Si noti che tutti questi interventi svilupparono un discorso dottrinale. La prassi (giurisprudenza ed operatori) era talvolta ricordata o accennata, ma senza alcuna particolare attenzione, né alcun serio approfondimento. Solo l'intervento di G. Segré (G. SEGRÉ, *op. ult. cit.*, p. 834 ss.) faceva riferimento a casi concreti.

<sup>37</sup> La teoria "ermeneutica oggettiva" fu infatti enunciata da Binding, Wach e Kohler negli anni 1885 e 1886 (cfr. per tutti K. LARENZ, *Storia del Metodo della scienza giuridica. Teoria del diritto e dottrina del metodo in Germania da Savigny in poi*, Milano, 1966, p. 38 ss.). Proprio Kohler fu uno dei primi giuristi ad occuparsi della fiducia (cfr. KOHLER, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, cit., p. 91 ss.).

Il compito del giurista era visto nella *costruzione dei concetti*, desumendoli dalle ragioni "na-

Di conseguenza, la validità del negozio fiduciario, di cui, in linea generale, non si dubitava affatto<sup>38</sup>, era fondata sull'idea della proprietà piena del fiduciario verso i terzi. In caso di inadempimento del fiduciario non vi era, quindi, la possibilità per il fiduciante di esperire azioni volte a far rispettare contrattualmente gli impegni dallo stesso assunti, salvo, in linea generale, l'azione di risoluzione del contratto e di risarcimento dei danni. Ciò comportava la qualificazione del negozio fiduciario come un istituto caratterizzato, da un punto di vista dogmatico, dalla possibilità di abuso del fiduciario. Questa impostazione si riteneva più coerente alle nuove proposte, che consideravano attribuita al fiduciario una proprietà piena e non i poteri più limitati dell'antica tradizione tedesca<sup>39</sup>.

Si riteneva pienamente legittimo un accordo che poteva anche essere autenticato da un notaio, specie se aveva ad oggetto immobili<sup>40</sup>, dove l'acquirente dichiarava espressamente che i beni erano acquistati a titolo fiduciario (*Vereinbarungstreuhand*) e dovevano quindi essere gestiti per determinate finalità, che potevano essere dichiarate espressamente. Era considerato pienamente legittimo anche l'accordo con il quale il fiduciario si obbligava ad acquistare determinati beni, con fondi erogati dal fiduciante

---

scoste" nella legge, con metodi *logici* e *sistematici*, volti alla ricostruzione dei principi alla base delle norme e dei principali istituti.

Come è noto, la teoria del negozio giuridico e l'enunciazione dei principi di fondo e delle regole del metodo *dogmatico* o *scientifico* impegnarono a lungo anche la dottrina italiana degli anni Venti e almeno fino alla fine degli anni Cinquanta-Sessanta. Cfr. la sintesi efficace di F. GALGANO (voce) *Negozio giuridico II – Diritto Privato, Premesse problematiche e dottrine generali*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.

<sup>38</sup> Anche, come si è detto, per la sua diffusione nella prassi tedesca.

<sup>39</sup> Cfr. soprattutto F. REGELBERGER, *Zwei Beiträge zur Lehre des Zession*, cit., p. 180, dove il distacco dal sistema tedesco storico (più legato all'idea del fiduciario come *mero legittimato*) è espressa in modo molto netto.

D'altra parte, non si riteneva importante il fatto che per definire i caratteri della fiducia "riservata" (fiducia cd. romanistica, indicata come vera o genuina fiducia) vi fossero particolari ed esaustivi riferimenti alle esperienze storiche del diritto romano, esperienze riferite dalla pandettistica non sempre in modo storicamente attento (cfr. ad esempio F. TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizioni trans morte*, cit., p. 793 ss.; ID., *Minister ultimae voluntatis*, Torino, 1992, p. 38 ss.).

Si ricordi che quest'impostazione è tuttora diffusa nel sistema tedesco anche a livello istituzionale. Certamente questa impostazione era anche giustificata anche dal fatto che nel Libro Fondiario, secondo le regole definitivamente approvate dal BGB, doveva essere iscritto un atto *astratto* di trasferimento, mentre gli accordi fiduciari restavano validi tra le parti, escludendosi così ogni *simulazione* nell'atto formale di trasferimento. (Cfr. su questi punti *amplius*, *infra*, Cap. 4, specialmente par. 4.2, punto ii).

<sup>40</sup> Cfr. *amplius*, par. 4.4.

(*Erwerbstreuhand*) e dichiarava di gestire i beni acquistati nell'interesse del fiduciante e per scopi definiti, stabilendo poi di trasferire gli immobili al fiduciante stesso, o a terzi determinati, al verificarsi di determinate condizioni.

Questa impostazione impediva di considerare gli accordi fiduciari come simulati, perché le finalità delle parti erano espresse in un accordo chiaro ed autenticato e, quindi, noto ai terzi. Come si vedrà meglio in seguito, tuttavia, l'accordo fiduciario, correlato ad un acquisto del fiduciario dal fiduciante (*Vereinbarungstreuhand*), o l'accordo che autorizzava il fiduciario ad acquistare beni con somme a lui trasferite dal fiduciante (*Erwerbstreuhand*), pur regolando le operazioni fiduciarie concordate tra le parti in modo palese (senza comportare quindi problemi di simulazione) non si riteneva potesse essere iscritto nei libri fondiari, perché il negozio astratto di trasferimento necessario per l'iscrizione (*Auflassung*) non consentiva l'iscrizione nei libri fondiari di limiti *espressi* opponibili ai terzi: i divieti di alienazione erano infatti considerati nulli, *ex par.* 137 BGB.

La tesi che era stata proposta da Schultze<sup>41</sup> di indicare il carattere fiduciario di determinate operazioni anche nel *Grundbuch*, sia pure in modo sintetico e comunque in base a titoli debitamente autenticati, non era stata accettata dalla giurisprudenza<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> A. SCHULTZE, *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, in *Jherings Jahrbücher*, LXIII, Jena, 1901, *passim*.

<sup>42</sup> Il *Reichsgericht* non aveva accolto questa impostazione fin dai primi anni del Novecento: lo ricorda anche di recente J. GERNHUBER, *Die fiduziarische Treuhand*, in *JuS* 98, Heft 5, ss. L'introduzione di limiti alla proprietà dell'acquirente (perlopiù espressa in modo generico e senza specificarne con chiarezza le ragioni) si riteneva comportasse necessariamente criticità verso i terzi tali da poter pregiudicare una corretta circolazione dei beni. Cfr. su questi problemi anche H. SCHLOSSER, *Außenwirkungen verfügungsbindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand*, in *NJW*, 1970, XVI, p. 681 ss. Cfr. anche le osservazioni di U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2009, p. 94 ss., che ricordava la teorica possibilità di trascrivere una semplice *menzione* del carattere fiduciario dell'operazione (seguendo le regole ormai consolidate nella prassi italiana per l'acquisto di immobili da parte di un *trust*), con l'indicazione nella nota di trascrizione limitata agli *elementi essenziali* dell'operazione. Questa tesi è stata più di recente sostenuta anche da alcuni giuristi tedeschi (cfr. C.W. CANARIS, *Die Verkeinerung obligatorischer Rechte*, in *Festschrift für W. Flume*, Köln, 1978, p. 414 ss. e vd. anche EGGLEMEIER, *Überlegungen zu einer grundbucherlichen Anmerkung der fiduziarischen Treuhand*, in *WBI*, 1994, p. 188), ma non è stata accolta dalla giurisprudenza ormai da tempo consolidata. Anche oggi, quindi, è confermato il principio che il fiduciario sottoscrive il titolo astratto di acquisto (*Auflassung*) necessario per l'iscrizione nel libro fondiario (*Grundbuch*) senza specificare se il trasferimento di proprietà è legittimato da una vendita o da altri titoli validi e, ovviamente, senza menzionare i caratteri specifici e i limiti alla proprietà trasferita che possano essere contenuti nel titolo che giustificava il trasferimento. *Infra* Cap. 4.

Questi problemi verranno approfonditi, comunque, in modo più ampio indicando anche le ulteriori evoluzioni del sistema tedesco.

La proprietà del fiduciario era, comunque, considerata, già dai primi anni del Novecento, come una *proprietà piena* cui si poteva contrapporre il vincolo, meramente obbligatorio verso il fiduciante, anche se producendo il contratto base, debitamente autenticato, si sarebbe potuto in teoria opporre ai terzi che il fiduciario gestiva beni per conto di altri, in base al carattere meramente fiduciario dell'acquisto.

Come si è visto, nonostante gli sviluppi interessanti ora considerati, i tentativi di consentire l'iscrizione nel *Grundbuch* del carattere fiduciario dell'operazione non hanno avuto successo. Il *Reichsgericht* prima, e il *Bundesgericht* dopo non hanno modificato le loro opinioni su questo punto<sup>43</sup>. Da qui l'affermazione, nel sistema tedesco, che la fiducia fosse caratterizzata da una *possibilità di abuso* del fiduciario, considerando questo aspetto come un carattere tipico della fiducia romanistica<sup>44</sup>. Questo atteggiamento, da tempo consolidato nel sistema tedesco, si è modificato, chiaramente, solo negli ultimi decenni<sup>45</sup>.

### 1.3. *La proposta di Cesare Grassetti in ordine alla validità del negozio fiduciario*

Nel clima fin qui delineato, certo non molto chiaro sotto il profilo teorico e sotto il profilo operativo, ebbe una notevole importanza il contributo di Cesare Grassetti, non solo per le critiche agli orientamenti negativi esposti in precedenza, ma per la formulazione di una proposta molto chiara sulla legittimità del negozio fiduciario, destinata ad assumere un ruolo decisivo nell'evoluzione successiva del dibattito<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Soltanto di recente la giurisprudenza ha modificato questo atteggiamento così rigoroso, come si vedrà meglio in seguito.

<sup>44</sup> Si sottolinea ancora, tuttavia, che l'approfondimento su questo tema non era ancora sviluppato nel sistema tedesco in modo ampio. Il consolidamento della legittimità di operazioni fiduciarie tipizzate, infatti, è avvenuto molto più tardi.

Questi punti verranno approfonditi con particolare riferimento alla fiducia amministrativa (*Verwaltungstreuhand*) e alla fiducia a scopo di garanzia (*Sicherungstreuhand*).

<sup>45</sup> Per sottolineare il superamento del principio tradizionale solo di recente si rinvia ai par. 4.2 e 4.7 del Cap. 4.

<sup>46</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, cit., p. 345 ss.

Qui di seguito i punti fondamentali del suo intervento.

i) Grassetti contesta, per taluni aspetti, la definizione del negozio fiduciario diffusa nella dottrina tedesca, come un negozio la cui caratteristica di fondo consiste nell'incongruenza (o inomogeneità) tra lo scopo avuto di mira dalle parti ed il mezzo giuridico impiegato per raggiungerlo<sup>47</sup> e considera soprattutto la fiducia amministrata (o gestione) che qualifica come "pura", occupandosi solo marginalmente della fiducia a scopo di garanzia, definita come "egoistica" o "impura"<sup>48</sup>.

Egli ritiene che nella fiducia amministrata le parti intendono raggiungere uno scopo pratico o empirico, che non è quello tipico del negozio utilizzato per l'operazione fiduciaria (una vendita o una donazione).

La funzione economica e sociale del negozio fiduciario e, quindi, la sua causa consiste nell'attribuzione della titolarità piena al fiduciario dei beni a lui trasferiti, ma nell'interesse del fiduciante, per realizzare gli scopi concordati tra le parti<sup>49</sup>.

Nel negozio fiduciario quindi non vi è alcuna simulazione, ma una divergenza (voluta dalle parti) tra lo scopo tipico del negozio, la sua causa (una vendita, una donazione) e l'intento empirico concreto, che non è quello tipico di una vendita o di una donazione, ma un diverso intento empirico (l'attribuzione fiduciaria, per raggiungere determinate finalità concordate).

Di conseguenza, il negozio fiduciario si caratterizza "*per essere la volontà delle parti diretta ad un effetto giuridico che è tipico di un intento empirico che le parti in effetti non hanno*"<sup>50</sup>. In altre parole, le parti vogliono ef-

<sup>47</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, p. 348 ss. È probabile che l'effettiva ragione della critica (che non esamina in modo approfondito le proposte dagli autori tedeschi citati alle note precedenti) fosse quella di evitare ogni dubbio sulla effettiva volontà delle parti di porre in essere una vendita o una donazione (considerate operazioni volute e non simulate) evitando i dubbi diffusi nella prassi dell'epoca sull'esistenza di una possibile *simulazione* assoluta (nullità) e non invece relativa (validità del negozio dissimulato, effettivamente voluto).

<sup>48</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, p. 349. Grassetti si occupa, tuttavia, anche della fiducia a scopo di garanzia inquadrabile alla fine in un'operazione fiduciaria sia pure con contenuti specifici particolari.

<sup>49</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, p. 352 ss.

<sup>50</sup> Così C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, p. 362 ss. Questi concetti sono stati ribaditi da Grassetti, che li riteneva particolarmente importanti, in una conferenza all'Università di Cagliari nel 1936: *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, in *Studi economico-giuridici della Regia Università di Cagliari*, Milano, 1936, p. 127 ss.

La Cassazione ha aderito, nella sostanza, a questa ricostruzione definendo il contratto fidu-