

IL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO ED IL PROBLEMA DELLE ALIENAZIONI IN FUNZIONE DELLA GARANZIA, ALLA LUCE DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DAL D.L. 3 MAGGIO 2016 N. 59*Daniele Giglio* *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'origine storica del divieto del patto commissorio e l'inserimento nel codice civile. – 3. Natura giuridica e fondamento del divieto del patto commissorio. – 3.1. Segue: L'individuazione della *ratio* del divieto. – 4. L'ambito di applicazione del divieto ed il patto commissorio autonomo. – 5. Il patto commissorio in Francia, in Germania e negli ordinamenti di *common law*. – 6. Il patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia. – 7. La posizione della giurisprudenza in merito alle alienazioni a scopo di garanzia. – 7.1. Segue: il *revirement* della Cassazione nel 1983 e le pronunce delle Sezioni Unite del 1989. – 8. La validità del patto marciano. – 9. Le novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59 e la figura del pegno non possessorio. – 10. La vendita con patto di riscatto e la vendita con riserva di proprietà. – 11. Nozione e disciplina del *sale and lease-back*. – 12. Le sanzioni previste per il divieto del patto commissorio. – 13. La nullità del patto commissorio autonomo. – 14. La declaratoria di nullità. – 15. Gli effetti della dichiarazione di nullità. – 16. Le conseguenze della nullità della convenzione commissoria e dei negozi ad essa collegati in capo a contraenti. – 17. Conclusioni.

1. – Il d.l. 3 maggio 2016 n. 59, recante *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*, convertito con la legge 30 giugno 2016 n. 119 (in Gazzetta Ufficiale n. 153 del 2 luglio 2016), ha apportato rilevanti novità in materia di accelerazione della realizzazione del credito, con l'introduzione della nuova figura generale del «pegno non possessorio» e la previsione di una fattispecie di patto marciano nei contratti di finanziamento. Il testo risulta particolarmente

* Dottorando di ricerca in Diritto privato per l'Europa presso l'Università degli Studi Roma Tre. Devo un ringraziamento particolare ad Andrea Montanari, Ricercatore presso l'Università degli Studi di Palermo, che con generosità, pazienza e piena disponibilità a discutere, ha seguito passo dopo passo la stesura del presente saggio.



complesso, in quanto, da un lato, introduce nell'ordinamento nuovi e ulteriori istituti giuridici (come il pegno mobiliare non possessorio e l'ipotesi di patto marciano anzidetta), al contempo, apporta modifiche al codice di rito civile e alla legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267), oltre a dettare statuizioni in merito all'erogazione degli indennizzi agli investitori nelle quattro banche in liquidazione coatta amministrativa ¹.

Tali disposizioni inducono a una riflessione in materia di garanzia del credito, con riferimento soprattutto all'impermeabilità dell'autotutela esecutiva nel nostro ordinamento ². In quest'ottica, viene in rilievo la vicenda dei trasferimenti commissori, in cui si conviene che, in caso di inadempimento, la proprietà del bene oggetto di garanzia reale passi al creditore.

È ben noto che la dottrina si è lungamente interrogata sul fondamento del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ., che comporta la radicale nullità del patto, mentre per ipotesi similari di approfittamento di una parte a danno dell'altra il codice prevede i rimedi meno drastici della rescissione o dell'annullabilità ³. Benvero, al di là della puntuale individuazione della *ratio* del divieto del patto commissorio, il legislatore del 1942 ha evidentemente inteso sanzionare quelle tecniche di attuazione dei diritti che poggiano su meccanismi di difesa privata senza una rigorosa predeterminazione da parte della legge ⁴. A differenza di altri paesi europei, il nostro ordinamento, per molto tempo, ha faticato ad accogliere figure negoziali concepite al fine di consentire che il creditore insoddisfatto si appropri di un bene del debitore. Da qui, la diffidenza ⁵ mostrata verso quelle operazioni negoziali che realizzassero un'alienazione in funzione di garanzia ⁶.

¹ Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Chieti.

² In argomento v. G.M. Nonno, sub art. 53, *l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 725-743, spec. 740, il quale richiama, a titolo esemplificativo in materia di garanzia finanziaria, l'art. 4 del d.lgs. n. 170/2004.

³ Cfr. testualmente C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, 281.

⁴ Cfr., in proposito, C. Botta, *Vendita, accordo di retrovendita e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2010, 75; Id., *Il mandato irrevocabile all'incasso. Autonomia privata, cooperazione gestoria e tutela degli interessi dei creditori*, Napoli, 2005; L. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, 260; D. Cenni, *Mandato ad alienare e scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, 61 ss.

⁵ Di «diffidenza» discorre F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 361.

⁶ Valga sin da ora tenere a mente che l'alienazione in garanzia è il contratto mediante il qua-

Il tema in questione evoca controversie risalenti e ancora oggi tutt'altro che sopite. Argomenti di ordine dogmatico e dati di diritto positivo hanno variamente alimentato atteggiamenti di sostanziale «chiusura» nei confronti dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di trasferimenti con funzione di garanzia, se non altro nel caso in cui si tratti di trasferimenti della proprietà⁷. Ciononostante, una «finestra» sembrerebbe essere offerta da alcuni schemi giuridici tipici o socialmente tipici, i quali, seppur in qualche misura assimilabili al patto commissorio, sono stati considerati leciti. In tale contesto, s'inserisce, inoltre, la dir. 2002/47/CE, recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170, in materia di contratti di garanzia finanziaria, la quale ha espressamente escluso l'applicabilità del divieto del patto commissorio ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate⁸. Per converso, una vera rivoluzione nel campo delle garanzie a supporto della concessione di credito alle imprese da parte delle banche deriva dalle misure previste dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59. La finalità delle disposizioni appena approvate, come si vedrà, è di incentivare il finanziamento delle imprese, mediante l'agevolazione delle forme di recupero del credito ad opera dello stesso creditore. Si comprende, allora, come la questione richiamata si ricollegli al dibattito di stretta attualità, relativo alle tecniche ed alle modalità di

le il debitore o un terzo trasferiscono al creditore la proprietà di una cosa o altro diritto a garanzia di un suo credito. Tra gli autori che si sono occupati approfonditamente delle alienazioni in garanzia vanno ricordati: F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; C. Varone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Trim.*, 1950, 298, ripubblicato in *Diritto civile, Saggi*, Milano, 1951; M. Lascialfari, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2004; C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 257 ss.

⁷ Cfr. G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari, Bologna, 2013, 585 ss.

⁸ Se così è, da una più attenta analisi della disciplina normativa, si nota tuttavia come il legislatore non si ponga in contrasto con il divieto del patto commissorio, giacché le modalità di "appropriazione" delle attività finanziarie oggetto di garanzia comportano che il creditore si soddisfi «fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita» (art. 4, comma 1, lett. b) e che le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite siano ragionevoli sotto il profilo commerciale. L'osservazione è di G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *I contratti*, 12/2012, 1031.

utilizzazione e circolazione della ricchezza, con riferimento alle quali il sistema delle garanzie, come strutturato e disegnato nel codice del 1942, potrebbe rivelarsi non in grado di cogliere le più recenti realtà economiche e non riuscire a soddisfare le esigenze degli operatori del mercato ⁹.

2. – Il patto commissorio trae origine dal diritto romano ¹⁰ e, in particolare, nella costituzione imperiale di Costantino con il nome di *lex commissoria* ¹¹, molto probabilmente sotto la spinta del cristianesimo ¹². Già dalla lettura della costituzione si ricava che la ragione fondamentale del divieto è rappresentata dall'eccessivo sfavore per il debitore: «*poiché tra i vari patti capziosi emerge principalmente l'asprezza del patto commissorio, piace sanzionarne la nullità e abolirne ogni memoria in futuro. Pertanto se qualcuno è oppresso da tale patto, respiri grazie a questa sanzione, che con i patti passati colpisce anche i presenti e li proibisce per il futuro. I creditori, perduta la cosa, comandiamo che ricevano in restituzione ciò che dettero*».

La *lex commissoria* ¹³ si presentava inizialmente come clausola accessoria rispetto al contratto di compravendita, in forza della quale l'alienante poteva considerare il contratto come non stipulato qualora l'acquirente non avesse corrisposto il prezzo pattuito entro un dato termine. Bisogna aggiungere, pe-

⁹ Problemi già acutamente sollevati, tra gli altri, da G. Gorla, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 149; L. Piazza, voce *Garanzia (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1988; F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 196; R. Lener, *Il contratto di brokerage*, in *I contratti del mercato finanziario – Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Torino, 2010, 728.

¹⁰ A tal riguardo, cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 34 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 85 ss.

¹¹ Cfr. C. Th., 3, 2, 1: «*Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctionae respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*». Sul patto commissorio in diritto romano v., tra gli altri, A. Burdese, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949.

¹² Per una ricostruzione sul punto v. I. Radoccia, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. merito*, 1997, IV, 220.

¹³ In argomento v. A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 573 ss.

raltro, che tale accordo fu considerato a lungo una vera e propria condizione sospensiva; successivamente, nel II sec. d.C., lo stesso fu invece inquadrato all'interno dello schema della condizione risolutiva. In età postclassica e nelle epoche successive, si affermò quindi l'idea di verificare caso per caso se la condizione apposta agli accordi prefigurati dovesse essere considerata come risolutiva o come sospensiva e, con specifico riguardo al caso singolo, qual era l'intenzione delle parti.

Oltre alla compravendita, va segnalato che la *lex commissoria* poteva essere apposta a tutti i negozi a prestazioni corrispettive come, ad esempio, la promessa di matrimonio, il fitto, la permuta, la transazione o, ancora, il mutuo¹⁴. Ma, il suo utilizzo si rinviene soprattutto in due negozi: la *fiducia cum creditore* e il *pignus*.

Il primo consisteva in una alienazione solenne della proprietà quiritaria, posta in essere per soddisfare diversi intenti pratici, la quale generava un'obbligazione restitutoria a carico dell'alienante, sanzionata con una specifica azione: l'*actio fiduciae*¹⁵.

In un primo tempo, il *pactum* della *fiducia cum creditore* era strutturato in modo tale che l'obbligo restitutorio a carico del fiduciario venisse meno in caso di inadempimento del credito garantito¹⁶. Per cui, il creditore si assicura-

¹⁴ A. Sacchi, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1894, 189 ss.

¹⁵ In tema, cfr. N. Bellocci, *La struttura della fiducia*, Padova, 1983, *passim*.

¹⁶ In argomento si rinvia ad A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, 776, il quale informa che la *fiducia cum creditore* «consisteva in ciò: che il garante (debitore o terzo che fosse) trasferiva al creditore (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) il *dominium ex iure Quiritium* di una *res Mancipi*, con l'espresso "patto fiduciario" (basato cioè sull'affidamento reciproco) che la cosa gli sarebbe stata ritrasferita in caso di adempimento, mentre in caso di inadempimento sarebbe rimasta per sempre al creditore». Sulla *fiducia* v., inoltre, G. Diurni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, 1992, 288; G. Grosso, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 384; A. Burdese, *Fiducia (diritto romano)*, in *NDI*, VII, 1968, 294; G. Messina, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 105; sotto il profilo storico-comparatistico v. L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Napoli, 1978 (rist. dell'edizione del 1933). Cfr. pure M. Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; U. Carnevali, *Negozio giuridico III) Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990; G. Criscuoli, *Fiducia e fidei in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 136; M. Zaccheo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991; A. Canepa – U. Morello, *Il negozio fiduciario*, in *I contratti in generale*, dir. da G. Alpa – M. Bessone, III, Torino, 1991, 703; M. Trimarchi, *Negozio giuridico d) Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 32; P.M. Putti, *Negozio fiduciario*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiorn.

va la possibilità di essere soddisfatto in modo immediato e diretto, semplicemente trattenendo in pagamento del credito insoluto il bene ricevuto in garanzia. In tal modo, la struttura del *pactum fiduciae cum creditore* finiva per coincidere con il contenuto di una *lex commissoria*, sicché non si poteva discutere di *fiducia cum creditore* con patto commissorio poiché il condizionamento della restituzione del bene, caratteristico del secondo, era già un elemento caratterizzante la prima ¹⁷.

In un momento successivo, l'istituto, recependo i principi equitativi, si avvicinò sempre più al *pactum vendendi*; cosicché, il patto commissorio, sganciandosi dalla *fiducia cum creditore*, divenne una mera opzione negoziale alternativa al *pactum vendendi* e, per di più, operante solo se espressamente pattuita ¹⁸.

Anche nel *pignus* ricorreva di sovente la *lex commissoria*. Il *pignus* si affermò poco prima del II sec. d.C., quando la *fiducia* era già utilizzata come garanzia reale. La soddisfazione immediata del creditore che si otteneva con la *fiducia* portò all'apposizione del patto commissorio anche al *pignus*, al fine di ottenere lo stesso risultato. Purtuttavia, la *lex commissoria* nel *pignus* si presentava essenzialmente come una clausola secondaria ed ulteriore rispetto allo schema tipico del negozio ¹⁹.

Va osservato, peraltro, che i due istituti, portando ad effetti tendenzialmente simili, acquistarono ben presto similarità anche sul piano strutturale, in quanto la *lex commissoria* si presentò come una clausola accessoria del contratto di garanzia ²⁰.

La *lex commissoria* fu utilizzata, quindi, nei negozi di garanzia fino al divieto di Costantino posto nella costituzione imperiale del 324 d.C. Da tale data, infatti, non venne più applicata in nessun contratto della tradizione romanistica, in quanto regolarmente vietata.

In epoca medievale, dopo un periodo in cui ritornò a diffondersi il ricorso alla *fiducia* ed al patto commissorio ²¹, il divieto del patto fu nuovamente san-

2003, 911.

¹⁷ Cfr. A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949, 10 ss.

¹⁸ Cfr., sul punto, N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 41.

¹⁹ Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 88.

²⁰ In tal senso, v. A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, cit., 111.

²¹ Nel diritto intermedio furono praticate forme fiduciarie di garanzia, come la *datio in affi-*

cito da una bolla decretale di Innocenzo III del 1198²²; sicché, da allora, tale divieto fu confermato fino alle codificazioni dell'Ottocento avvenute in Francia²³, in Germania²⁴ ed in altri paesi²⁵. Da noi, occorre segnalare che durante la codificazione del 1865 il dibattito riguardo alla portata delle disposizioni intorno al divieto del patto commissorio nei contratti di garanzia suscitò varie dispute fra codificatori, dottrina e giurisprudenza. I contrasti possono essere desunti dalle discussioni afferenti all'emendazione del codice Pisanelli in cui si rappresenta l'esigenza di una misura atta a contrastare il fenomeno del patto di

duciato in uso nell'area longobarda. Cfr., in argomento, M. Bianca, *La fiducia attributiva*, cit., 15; E. Besta, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 255; Padova, 1933, 255: «i documenti longobardi raffigurano sovente il pegno, specialmente immobiliare, come una *datio in affiduciatum*. Per essa i beni passavano senz'altro in proprietà ed in possesso del creditore salvo a dover essere restituiti se il debito fosse stato pagato». Secondo P.S. Leicht, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II, *Diritti reali e di successione*, Milano, 1943, 100, questa forma di garanzia si sarebbe sviluppata «sotto l'influenza della *fiducia* romana». In tema v. anche J. Kohler, *Pfandrechtlicher Forschungen*, Jena, 1882, 79.

²² Va osservato che, nella prassi, al consolidato divieto normativo faceva riscontro il conseguimento del risultato vietato dal patto commissorio attraverso la vendita con patto di riscatto. In argomento, v. R. Triola, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, III, 1769.

²³ In Francia, il *code Napoléon* vietò espressamente il patto commissorio con due specifiche disposizioni. Precisamente, gli artt. 2078 e 2088 precludevano la possibilità di inserire la clausola in parola rispettivamente nel pegno e nell'anticresi; nulla disponendo, invece, riguardo al patto commissorio ipotecario. Tale preclusione si fondava sulla inderogabilità del procedimento esecutivo. Ed infatti, non potendo le parti pattuire un procedimento esecutivo che non fosse quello disciplinato dalla legge, non vi era ragione di prevedere una disposizione che vietasse il patto commissorio su un bene oggetto di ipoteca. Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 713.

²⁴ Durante i lavori preparatori al BGB, l'attenzione fu rivolta soprattutto al patto commissorio immobiliare e, quindi, ai beni ipotecati. Punto di partenza fu l'assunto che l'ipoteca non potesse assumere un contenuto diverso da quello legale, neanche in considerazione del principio della libertà contrattuale accordata alle parti. Ad avviso dei compilatori tedeschi, la ragione del divieto doveva rinvenirsi, da un lato, nel fatto che, se non vi fosse una simile proibizione, si verrebbe a creare una diversa tipologia di ipoteca rispetto a quella prevista legalmente; dall'altro, vi era la consapevolezza che non vi fosse la necessità per il sistema del credito fondiario di una simile forma giuridica, che, all'opposto, avrebbe potuto danneggiare notevolmente il predetto sistema, consentendo ai creditori in mala fede di guadagnare in maniera spropositata nei confronti dei debitori in difficoltà economiche. Donde, si arrivò alla formulazione dell'art. 1149 che sancisce l'inderogabilità convenzionale della procedura legale di espropriazione forzata prima della scadenza del credito, e dell'art. 1129 che dispone espressamente il divieto del patto commissorio nei beni oggetto di pegno. Cfr. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 79.

²⁵ Il divieto del patto commissorio è espressamente vietato anche dal *Código civil* spagnolo

riscatto considerato un mutuo pignoratorio larvato, al fine di celare l'usura²⁶. Sulla scia del *code Napoléon*, la Commissione senatoriale approvò, alla fine, una norma che prevedeva perentoriamente il divieto del patto di riscatto. A tal riguardo, si sottolineò come l'introduzione del patto nel nostro ordinamento avrebbe comportato la conseguenza che "i beni sarebbero stati sottratti al commercio e privi dei vantaggi derivanti dal regime ipotecario e dalle istituzioni di credito"²⁷. Le ragioni a sostegno di tale assunto possono essere ricondotte a due diversi indirizzi. Un primo orientamento riteneva che il patto di riscatto fosse contrario alla commerciabilità dei beni; inoltre, tale patto non veniva ritenuto più necessario in quanto, considerato il regime ipotecario e la celerità dei giudizi, chiunque desiderasse una garanzia sui beni avrebbe optato di sicuro per un mutuo con ipoteca sul bene oggetto del contratto. Altro indirizzo, invece, reputava dannoso il patto giacché contrario alla moralità ed all'interesse generale²⁸.

Ebbene, dopo un ampio dibattito, il codice Pisanelli sancì il divieto del patto commissorio nel caso del pegno (art. 1184, 2 comma) e dell'anticresi (art. 1894); nulla disponendo riguardo all'ipoteca, al pari del *code* francese. In realtà, il codice civile del 1865 introdusse finanche il concetto di patto commissorio tacito, che riprendeva il concetto della tradizione romanistica di *lex commissoria*, intesa come clausola applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico ed in virtù della quale, nel caso in cui una delle due parti non adempisse alla propria obbligazione, l'altra non aveva più l'obbligo di adempiere alla propria; in subordine, poteva domandare la restituzione di quanto già dato²⁹.

agli art. 1859 e 1884, dall'*ABG* austriaco all'art. 1371 e dal codice civile svizzero all'art. 894.

²⁶ Sul punto, v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, 13.

²⁷ G. Vacca, *Relazione della commissione del Senato sul progetto del codice civile pel Regno d'Italia, presentato da Ministro Guardasigilli (G. Pisanelli) nelle tornate del 15 luglio e del 26 novembre 1863*, in *Raccolta dei lavori preparatori del Codice Civile del regno d'Italia*, Palermo-Napoli, 1868, 354 ss.

²⁸ A ben riflettere, le strade percorribili potevano essere due: si poteva escludere il divieto dal resto del codice, assegnando al lavoro degli interpreti la protezione degli interessi della collettività che possono essere pregiudicati dal patto commissorio; oppure, i codificatori avrebbero potuto, senza alcun riguardo al diritto reale di garanzia costituito, vietare qualsiasi atto o negozio volto ad eludere il diritto di appropriarsi del bene oggetto della garanzia. Nessuna delle due soluzioni prospettate, tuttavia, è stata prescelta. Sul punto, *cf.* M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 44.

²⁹ G. Piola, *Patto commissorio*, in *Dig. Italiano*, XVIII, Torino, 1928, 1029.

I dubbi maggiori concernenti le disposizioni succitate riguardavano, tuttavia, i casi non espressamente disciplinati e, in particolare, le ipotesi del patto apposto all'ipoteca e del c.d. patto commissorio *ex intervallo*, cioè pattuito successivamente al contratto di garanzia³⁰. Il silenzio del codice portava la giurisprudenza ad ammetterne la validità³¹, finché nel 1945 la Cassazione ebbe ad affermare la illiceità del patto commissorio nel mutuo ipotecario anche sotto la reggenza del codice abrogato³².

Il legislatore del 1942 ha superato tali questioni esegetiche, disciplinando il patto commissorio con due norme pressoché identiche, contenute negli artt. 2744 e 1963 cod. civ., concernenti, il primo, il patto commissorio in materia di pegno ed ipoteca, il secondo, l'ipotesi dell'anticresi³³. A ben vedere, il codice civile vigente, in entrambi i casi, ritiene illecito che le parti prevedano, come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione, il trasferimento della proprietà di un bene³⁴. Inoltre, l'art. 2744 c.c. considera, al secondo comma, il cosiddetto patto commissorio *ex intervallo*, stipulato nelle more tra la costituzione del pegno o dell'ipoteca e la scadenza del termine dell'obbligazione, di-

³⁰ Cfr. N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 47; E. Brugi, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. Comm.*, 1919, 396 ss.

³¹ Vedasi la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 28 luglio 1923, in *Riv. Dir. Comm.*, 1924, II, 233, con nota dell'Albertario, che concludeva criticamente: «come non ammettere che la *ratio legis* imponga il divieto del patto commissorio nell'ipoteca come nel pegno?». In dottrina, cfr. pure G. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, 186.

³² Sentenza n. 259 del 16 aprile 1945, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 156.

³³ Cfr. G. Tucci, voce *Anticresi*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, 346; F. Mastropaolo, *L'anticresi come contratto costitutivo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 745; Id., *Anticresi*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, 1039; F. Macario, *L'anticresi*, in *Tratt. Sacco*, 10, *Garanzie personali*, Torino, 2009, 379; G. Trabucchi – L. Miotto, in *Comm. Cian – Trabucchi*, sub art. 1960 s., 2048; G. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, 2007, 372; G. Zuddas, *Anticresi*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988; M. Fragali, *Anticresi*, in *Comm. Scialoja e Branca, Art. 1960-1991*, Bologna, 1974, 1; G. Persico, *Anticresi*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 531; V. Tedeschi, *Anticresi*, in *NDI*, I, 1957, 654; Id., *L'anticresi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1954; M. D'orazi-Flavoni, *Fideiussione. Mandato di credito, Anticresi*, in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1961; M. D'Amelio, *Anticresi*, in *Comm. D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1943, 434. Sul dibattito in relazione al codice abrogato v. A. Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 573; B. Brugi, *Patto commissorio ex intervallo*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, 396.

³⁴ Cfr. E. Moscati, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, 42.

verso dal patto commissorio *in continenti*, cioè contestuale alla nascita della garanzia. In definitiva, per il legislatore del 1942, il patto commissorio è nullo non solo se contestuale, ma anche se posteriore alla costituzione del pegno e dell'ipoteca³⁵.

È utile rammentare, a questo proposito, la larga spaccatura che si ebbe tra la giurisprudenza, la quale mantenne un atteggiamento restrittivo simile a quello avuto prima del 1942, e la dottrina che invece riteneva il divieto del patto commissorio applicabile anche al di fuori delle fattispecie tipiche.

La giurisprudenza, invero, continuò a confermare la validità della vendita fiduciaria e della vendita con patto di riscatto effettuate a scopo di garanzia, considerandole differenti dal patto commissorio. L'elemento distinguente delle fattispecie in questione era individuato nel momento in cui il trasferimento del bene avveniva. In particolare, se il trasferimento era immediato, veniva considerato una vendita vera e propria, seppur utilizzata a scopo di garanzia; se il trasferimento era posticipato, invece, si era di fronte ad un mutuo con patto commissorio, da ritenersi nullo³⁶.

Dal canto suo, la dottrina risalente si mostrò contraria alla ricostruzione del divieto prospettata dalla giurisprudenza. Nello specifico, venne posto in rilievo il fatto che il momento del trasferimento del bene non possa incidere sull'assetto di interessi realizzato dalle due fattispecie. Inoltre, la vendita con patto di riscatto non sarebbe di per sé idonea a realizzare una funzione di garanzia³⁷. Dunque, ad avviso della dottrina, l'indagine doveva concentrarsi, più che sul momento del trasferimento del bene, sulla reale intenzione delle parti; onde, nel caso in cui fosse stata riscontrata la volontà di porre in essere una ga-

³⁵ F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Tomo II, Milano, 2005, 1034.

³⁶ Sul punto, *cf.* Cass. 14 dicembre 1978, n. 5976; Cass. 20 maggio 1976, n. 1800; Cass. 8 luglio 1971, n. 2153; Cass. 20 aprile 1968, n. 1221; Cass. 21 gennaio 1980, n. 462; Cass. 1 febbraio 1974, n. 282; Cass. 15 settembre 1970, n. 1426. Più di recente, v. Cass., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075, che richiama, in argomento, Cass., 4 marzo 1996, n. 1657; Cass., 20 luglio 2001, n. 9900; Cass. 8 febbraio 2007, n. 2725.

³⁷ In argomento, v. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 719; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 398 ss; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156.; ; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, 441; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156.; U. Carnevali, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 502; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 105 ss.

ranzia, la fattispecie avrebbe dovuto essere sanzionata con la nullità per divieto del patto.

Come già accennato, siffatta ricostruzione è stata avallata, per la prima volta, dalla Corte di Cassazione nel 1983³⁸ e, successivamente, confermata nel 1989 dalle Sezioni Unite³⁹, che hanno affermato l'irrelevanza del momento della produzione dell'effetto traslativo al fine di poter individuare la fattispecie del patto commissorio, sancendo una posizione che, allo stato, è ancora dominante.

3. – Con riguardo alla natura giuridica del patto commissorio sono state avanzate da parte della dottrina molteplici tesi. In generale, il dato comune è che nella fattispecie in esame il debitore presta il proprio consenso in condizioni di razionalità limitata, sicché sopravvaluta la propria possibilità di restituzione del prestito e approda, in ultima analisi, al proprio indebitamento.

La dottrina più risalente inquadrava l'istituto in esame alla stregua di un vero e proprio contratto di vendita, in cui il prezzo era rappresentato dall'ammontare del credito garantito⁴⁰. Tuttavia, è stato giustamente obiettato che la somma versata dal creditore, contestualmente all'attribuzione, costitui-

³⁸ A tal riguardo v. G. Amato, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899; G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97; F. Relamonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16.

³⁹ A tal proposito cfr. M. Bussani, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 285; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1824; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 615 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *ivi*, 1990, I, 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205. Sul versante giurisprudenziale, è opportuno richiamare nuovamente la recentissima sentenza di Cass., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075.

⁴⁰ S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 235; V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, 20; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, 1436.

sce l'oggetto del contratto di finanziamento e non il corrispettivo della cessione del bene; inoltre, il patto commissorio può accedere a qualsiasi rapporto che abbia o meno contenuto pecuniario, in cui non può considerarsi il debito estinto come prezzo dell'obbligazione⁴¹.

Altra parte della dottrina ha ritenuto che il patto commissorio abbia la natura di dazione di pagamento condizionata. In particolare, avendo il patto commissorio natura esclusivamente solutoria, va considerata l'estinzione dell'obbligazione come corrispettivo del bene acquisito dal creditore in virtù del patto stesso⁴². Quest'assunto è stato tuttavia contestato, giacché l'alienazione commissoria difetta proprio del carattere della realtà della prestazione in luogo dell'adempimento e, inoltre, il creditore ha un diritto al soddisfacimento secondario, mediante l'acquisto del bene concessogli in garanzia. Al contrario, nella *datio in solutum*, vi è esclusivamente una facoltà del debitore di effettuare una prestazione diversa (di valore uguale o maggiore rispetto a quella dovuta), sempre che il creditore vi consenta⁴³.

Un diverso indirizzo, che distingue fra patto commissorio accessorio e patto commissorio autonomo, include la previsione di cui all'art. 2744 c.c. all'interno delle garanzie tipiche e come tale non applicabile, né in via diretta, né in via analogica, alle alienazioni commissorie autonome. Sicché, queste ultime andrebbero considerate come negozi atipici e, quindi, stante il principio dettato dall'art. 1322, 2 comma, c.c. non meritevoli di tutela, in quanto lesivi della posizione debitoria⁴⁴.

Infine, altra dottrina inquadra il patto commissorio nell'ambito dei contratti di garanzia, considerati come una categoria negoziale causalmente autonoma ed idonea a realizzare un trasferimento in favore del creditore strumentale all'adempimento dell'obbligazione⁴⁵. In sostanza, il patto commissorio realizzerebbe il trasferimento, inscindibilmente legato alle sorti del rapporto

⁴¹ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 106; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, 28.

⁴² F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 420 ss.

⁴³ C.M. Bianca, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, 711 ss.;

⁴⁴ M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, 104 ss.; in senso contrario, V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, cit., 1433.

⁴⁵ Sul punto, v. A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 212 ss.; C.M. Bianca, *Patto commissorio*, in *Nss. D.I.*, XVI, 1965, 714; E. Roppo, *Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1059 ss.

collegato, della proprietà di un bene in capo al creditore, a garanzia di un'obbligazione. Tale trasferimento, evidentemente, consolida la posizione del creditore nei confronti sia del debitore che dei creditori concorrenti, sottraendo a questi ultimi il potere di aggredire il bene oggetto di garanzia e, allo stesso tempo, riconoscendo al creditore un potere di soddisfazione esclusivo. Per cui, il patto commissorio si pone quale alternativa a quelle garanzie tipiche, che trovano sempre minor diffusione a causa della loro struttura, dei costi elevati e della dilatazione dei tempi di realizzazione⁴⁶.

In realtà, la questione del fondamento del divieto del patto commissorio non risulta di facile soluzione proprio a causa della scarsezza del dettato normativo contenuto negli articoli 1963 e 2744 del codice civile. Tali disposizioni non esprimono, infatti, i principi a cui si ispira il divieto, né tantomeno gli interessi che lo stesso si propone di tutelare⁴⁷.

Va ricordato, in proposito, che la dottrina più risalente, delimitando le ipotesi di operatività del divieto ai casi in cui il patto commissorio si presentava come convenzione accessoria al pegno, all'ipoteca o all'anticresi⁴⁸, riteneva il patto commissorio contrastante con la disciplina dei diritti reali di garanzia⁴⁹. Precisamente, il divieto veniva ritenuto contrario al principio della responsabilità patrimoniale del debitore, nonché alla tutela dell'ordine pubblico⁵⁰, atteso

⁴⁶ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 395.

⁴⁷ Cfr. A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 212.

⁴⁸ Secondo Cass., 11 luglio 1969, n. 2548: «l'anticresi costituisce una misura di rafforzamento dell'obbligazione, che dà vita ad un rapporto accessorio di garanzia, in virtù del quale il creditore acquisisce il diritto di ritenzione sull'immobile fino ad integrale soddisfacimento delle sue ragioni, con la facoltà di far suoi i frutti fino al soddisfacimento del suo credito».

⁴⁹ G. P. Chironi, *Ipoteca e patto commissorio*, in *Riv. dir. Comm.*, 1917, II, 708; C. Varro-ne, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 60.

⁵⁰ In proposito, merita un cenno l'ormai nota sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Studium iuris*, 2012, con nota di F. Oliviero, *Patto commissorio*, 68), con cui si è escluso che il divieto del patto commissorio rientri tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale, poiché l'istituto in questione non è conosciuto né vietato in una parte rilevante dell'Unione Europea. Con ciò rimarcando la discrepanza determinante tra norme inde-ro-gabili dell'ordinamento interno e principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione o esclusione *tout court* della legittima applicazione di norme straniere, in consonanza con principi di diritto più volte predicati (Cass. 16017/07; 10125/07; 10378/04; 5832/96). Nella fattispecie al vaglio delle Sezioni Unite, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla contrarietà all'ordine pubblico internazionale della normativa inglese applicabile, giusta il criterio di collegamento individuato, la quale ritiene valido ed efficace il meccanismo di cui al patto commissorio. Sul pun-

che il patto commissorio consentiva al creditore di soddisfare le proprie pretese rivalendosi sul bene del debitore, eludendo gli schemi tipici proposti dall'ordinamento, che consistono nello *ius distrahendi* e nello *ius prelationis*. Tale teoria, tuttavia, non tiene in considerazione sia l'esigenza di tutela degli interessi del debitore⁵¹, sia il motivo per il quale la nullità debba colpire proprio il patto commissorio e non le altre garanzie reali⁵².

3.1. – In realtà, la tesi tradizionale prevalente ravvisa la *ratio* dell'istituto nell'esigenza di tutela del debitore che, in quanto parte debole del rapporto, verrebbe in una situazione di netta inferiorità rispetto al creditore⁵³. Tale tesi poggia sull'assunto che il debitore, in una situazione di crisi o di bisogno, sarebbe disposto ad accettare senza troppe resistenze la proposta di un patto commissorio. Di conseguenza, il divieto del patto commissorio è sancito a tutela dell'interesse della parte debole del rapporto obbligatorio, affinché il debitore, trovandosi in una situazione di coazione morale nei confronti del creditore, non subisca gli effetti di quella coercizione e accondiscenda a sottostare all'altrui volontà accettando il trasferimento in proprietà al creditore del bene ipotecato o dato in pegno, in caso di mancato adempimento del debito⁵⁴. In tal caso, infat-

to, si rinvia al pregevole commento alla sentenza suindicata di M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, Milano, fasc. 3/2012, 672 ss., spec. 681 ss.

Per la verità, il divieto del patto commissorio non è conosciuto nei paesi di *common law*, ove sono consentite, *inter alia*, applicazioni di *trust* in funzione di garanzia per le banche che erogano ingenti investimenti, con conseguente obbligo del *trustee* di trasferire i beni confluiti nel *trust* ai creditori nel caso in cui non abbia luogo il pagamento del debito. Tanto basta ad escludere che al divieto di cui all'art. 2744 cod. civ. possa attribuirsi carattere di principio fondante l'ordine pubblico internazionale, ovvero natura di norma di applicazione necessaria (arg. ex art. 17 della legge n. 218/1995).

⁵¹ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 29.

⁵² C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 10 ss.

⁵³ In tal senso *cf.* V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 32 ss.; F. Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 115; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu-F. Messineo, II ed., rist., Milano, 1971, 1027; M. D'Amelio, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943, 659.; M. Fragali, *Del mutuo*, in *Comm. cod.civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, artt. 1813-1822, II ed., Bologna-Roma, 1966, 231 ss.

⁵⁴ In argomento v. D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu - Messineo, XXII; Milano, 1971.

ti, il debitore potrebbe incorrere nella perdita di un bene a cui, in situazione normale, non avrebbe mai rinunciato, se non avesse avuto bisogno dell'erogazione di un credito⁵⁵. Peraltro, tale trasferimento potrebbe altresì avvenire a condizioni notevolmente inique, privando così il debitore di un bene avente valore economico certamente superiore rispetto al credito che gli è stato erogato.

Epperò, la vicinanza della pattuizioni commissorie all'usura ha portato – come si è anticipato – a ritenere lecito, nel nostro ordinamento, il c.d. patto marciano⁵⁶. Tale accordo, che si avvicina molto al patto commissorio, si differenzia da quest'ultimo per il fatto che, al momento dell'inadempimento, la stima del valore del bene oggetto della garanzia è affidata ad un terzo designato di comune accordo dalle parti, ovvero dal presidente del tribunale, al fine di verificare l'effettiva corrispondenza del valore del bene al credito erogato al debitore⁵⁷.

In proposito, alcuni autori hanno ravvisato nel rimedio per l'inosservanza del divieto del patto commissorio (*id est* la sanzione di nullità) un rimedio eccessivo per proteggere il debitore da una convenzione che solo in determinati casi, ma non necessariamente ogni volta, può presentarsi svantaggiosa per quest'ultimo. In effetti, si è osservato che il nostro ordinamento conosce i rimedi meno gravi dell'azione di annullamento (artt. 1441 ss. c.c.) o dell'azione di rescissione (artt. 1447 ss. c.c.)⁵⁸.

Sul versante giurisprudenziale, però, la Suprema Corte ha precisato che il divieto del patto commissorio non dipende dal risultato economico che ne deriva, poiché esso è vietato in quanto tale dal legislatore, anche nel caso in cui il valore del bene sia pari a quello del credito erogato⁵⁹.

Inoltre, poiché il patto commissorio trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il trasferimento sia operato da un terzo, se il fondamento del divieto fosse esclusivamente la tutela del debitore quale parte debole del rapporto, non potrebbe ammettersi la validità⁶⁰ del patto commissorio ad opera di ter-

⁵⁵ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 32.

⁵⁶ Sul patto marciano v., per tutti, N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 47 ss. Per una recente ricognizione v. C. De Menech, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *I Contratti*, 8-9/2015, 823 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss., spec. 180.

⁵⁸ Cfr. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 204 ss., 208 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento*, cit., 51 ss.

⁵⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611.

⁶⁰ Cfr., sul punto, L. Guglielmino, *Delle obbligazioni e dei contratti*, in L. Genghini (a cura di), *Manuale notarile*, Roma, 2014, 336.

zi, ammesso pacificamente dal nostro ordinamento ⁶¹.

Un'altra opinione individua, invece, il fondamento dell'istituto nella garanzia della *par condicio creditorum* ⁶². Nello specifico, la previsione del patto realizzerebbe il soddisfacimento preferenziale di un solo creditore, al di fuori delle cause legittime di prelazione e con pregiudizio degli altri. Questa tesi pone in evidenza la necessità di protezione delle ragioni degli altri creditori sul patrimonio del debitore: patrimonio che costituisce la garanzia comune ex art. 2740 c.c. Il creditore garantito dal patto commissorio sarebbe titolare, infatti, di una inammissibile prelazione atipica. Invero, l'attribuzione definitiva ed esclusiva del bene oggetto di pegno o di ipoteca ad un solo creditore potrebbe, nel caso in cui il valore della *res* superi l'ammontare del credito, frodare l'interesse degli altri creditori a rivalersi in via sussidiaria sull'eccedenza. Onde, verrebbe a determinarsi una causa di prelazione diversa da quelle normativamente previste dal codice. A ben vedere, però, il fondamento del divieto sarebbe rappresentato qui dalla violazione delle ragioni dei creditori; il che si scontra con la funzione svolta dal patto commissorio. Ed infatti, posto che tale istituto viene inquadrato nell'ambito dei contratti di garanzia, scopo della previsione dovrebbe essere quello di porre il singolo creditore in una posizione peggio nel soddisfacimento delle proprie ragioni rispetto agli altri creditori concorrenti, atteso che la funzione di garanzia consiste proprio nell'attuare tale rafforzamento ⁶³. Inoltre, non appare chiaro perché la sanzione di cui all'art. 2744 c.c. sia quella della nullità, se poi l'ordinamento prevede, quale rimedio generale per gli atti del debitore pregiudizievoli alle ragioni dei creditori, quello dell'inefficacia relativa di tali atti a seguito dell'accoglimento dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. ⁶⁴.

⁶¹ G. Pagliai, *Anche le alienazioni compiute da terze persone raggiungono il risultato vietato dal legislatore*, in *Guida al diritto*, 2008, 74 ss.

⁶² A tal riguardo, v. F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., 159; F. Talassano, *Divieto di patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, 368; G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767; V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja – G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, 53; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1118; L. Barbiera, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 259 ss., spec. 263.

⁶³ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 227.

⁶⁴ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 214.

Altra parte della dottrina, ancora, pone in rilievo la tutela di interessi generali. Si sostiene, in particolare, che la *ratio* del divieto del patto commissorio debba essere individuata nel principio di ordine pubblico che attribuisce esclusivamente allo Stato la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, mediante le procedure di esecuzione forzata, con l'esclusione pertanto di ogni forma di autosoddisfacimento del creditore stesso⁶⁵. La realizzazione coattiva dei crediti, quindi, sarebbe assicurata, ai sensi della legge, nelle sole forme dell'esecuzione forzata dall'autorità giudiziaria e dagli organi pubblici che la coadiuvano; viceversa, sarebbero vietate quelle forme di tutela (come il patto commissorio) che farebbero venire meno le garanzie processualmente previste a tutela del debitore e dei creditori concorrenti. Più in generale, la stessa dottrina ha evidenziato che l'ordinamento conosce una sorta di ostilità verso tutte quelle forme di autotutela diverse dai tipi legalmente autorizzati e, in particolare, verso l'assoggettamento convenzionale del debitore al potere del creditore di conseguire direttamente con la propria azione il bene dovuto, senza ricorrere agli organi giurisdizionali, come nel caso del patto commissorio, vietato appunto (e si tratta di un divieto sancito da una norma imperativa) per evitare che il creditore possa soddisfarsi d'autorità, commettendo abusi o speculando in danno di un altro soggetto, sia pure consenziente⁶⁶. In realtà, la stessa dottrina, non solo ha riconosciuto che l'autotutela esecutiva consensuale è ufficialmente ammessa dal nostro ordinamento (nelle forme della compensazione volontaria, della cessione dei beni e dell'anticresi), ma ha anche ammesso la possibilità di un'interpretazione estensiva delle ipotesi eccezionali in cui all'interessato è consentito provvedere direttamente alla propria difesa privata, in virtù delle esigenze connesse alla progressiva evoluzione dei rapporti sociali e commerciali: come avviene per i finanziamenti concessi dagli istituti di credito, per i quali è necessario apprestare mezzi che assicurino al creditore la realizzazione delle proprie pretese per via di autotutela consensuale⁶⁷. A tale circostanza, va ag-

⁶⁵ In tal senso *cf.* E. Betti, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 689 ss., G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, 98; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 65 ss.; Id., *Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato*, cit., 267; M. Fragali, *Del mutuo*, cit., 254;

⁶⁶ G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, cit., 98.

⁶⁷ G. Obero, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, 357 ss.

giunta l'obiezione che il nostro ordinamento prevede già alcune forme di auto-tutela privata e, in particolare, agli artt. 1977 e ss. c.c., ove è disciplinato il contratto di cessione dei beni ai creditori, mediante il quale il debitore può conferire mandato irrevocabile ai creditori per la liquidazione di tutte o alcune delle sue attività, in modo che essi possano trarre dal ricavato la soddisfazione delle proprie ragioni, evitando così il ricorso agli organi dell'esecuzione⁶⁸.

Infine, occorre segnalare due ulteriori tesi emerse in dottrina, le quali non hanno trovato, però, adeguato riscontro e ciò a differenza delle opinioni precedentemente esposte.

Una prima tesi ravvisa il fondamento del patto commissorio nel divieto della creazione di garanzie reali atipiche⁶⁹. Conseguentemente, le uniche garanzie che possono trovare ingresso nel nostro ordinamento sono solamente quelle tipizzate dal legislatore.

Altri autori individuano, invece, la *ratio* del divieto nella vicinanza del patto commissorio all'usura⁷⁰. Tale tesi, ponendo in rilievo l'esigenza di prevenire la diffusione di convenzioni abusive, considera il patto commissorio come un danno per la collettività.

4. – Come si è anticipato, il legislatore del '42 ha previsto espressamente il divieto del patto commissorio in due disposizioni contenute nel codice civile agli articoli 2744 e 1963. D'altra parte, tali norme non esauriscono l'ambito applicativo del divieto. Ed infatti, la previsione di cui all'art. 2744 c.c. si riferisce, *stricto sensu*, al solo patto commissorio c.d. accessorio, ossia all'accordo tra debitore e creditore avente ad oggetto un bene già gravato da una garanzia reale tipica (pegno o ipoteca). A ben vedere, il legislatore non considera all'interno delle disposizioni citate la fattispecie del cosiddetto patto commissorio autonomo, in cui gli accordi non accedono ad alcuna forma tipica di garanzia, poiché previsti in relazione a beni non gravati da alcun vincolo. Precisamente, il patto commissorio autonomo può essere definito come un trasferimento di un bene "libero" dal debitore al creditore, sorto contestualmente o preesistente ad un rapporto obbligatorio tra le parti, e svincola-

⁶⁸ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 187 ss. In argomento v., pure, Cass., 8 luglio 2014, n. 15486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 62 ss., con nota di G. Buset; nonché, Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *CED Cassazione*.

⁶⁹ F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit., 159.

⁷⁰ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 216 ss.

to da una costituzione di pegno o ipoteca⁷¹. Beninteso, tale trasferimento è subordinato alle vicende dell'obbligazione: in caso di adempimento l'acquisto si risolve; viceversa, nel caso in cui si verifichi l'inadempimento, l'acquisto si perfeziona. Il predetto accordo presenta struttura e presupposti assai variabili che non consentono di dare una collocazione precisa, al punto che dottrina e giurisprudenza sembrano non ammettere la figura del patto commissorio autonomo⁷². In particolare, la giurisprudenza si è costantemente espressa per la nullità di tale convenzione, a ragione del fatto che la stessa realizzerebbero la medesima funzione giuridica ed economica del patto commissorio c.d. accessorio che si applica al pegno o all'ipoteca⁷³. Da questo deriva che le ragioni del patto commissorio assurgono a rilievi di carattere generale, ugualmente sussistenti sia in caso di patto commissorio accessorio ad una garanzia reale, sia in tutti i casi in cui sorga un accordo che, lungi dall'accedere ad una garanzia tipica, rappresenti l'unica forma di garanzia ravvisabile. Pertanto, potendo prodursi anche nel patto commissorio autonomo gli stessi rischi riscontrabili in quello accessorio, le disposizioni che vietano il patto commissorio appaiono piuttosto norme che vietano la finalità commissoria ed in quanto tali applicabili anche al patto commissorio autonomo. Tale assunto trova conferma altresì nella stessa formula legislativa in forza della quale la convenzione in esame è strutturata come figura indipendente, poiché non realizza in alcun modo il contenuto dei negozi di garanzia e, in ogni caso, non si avvale dei loro effetti. Ed infatti, verificatosi l'inadempimento, il creditore potrà opporre agli altri creditori o ai terzi che vantino diritti sul bene non già un diritto di garanzia, ma un diritto di proprietà che trova il proprio fondamento esclusivamente nell'accordo commissorio.

Evidenziata la fattispecie del patto commissorio autonomo, va chiarito se la portata dell'art. 2744 c.c. vada individuata in senso meramente formale, e quindi concerna le sole garanzie reali tipiche⁷⁴, oppure se vada privilegiata la

⁷¹In tal senso, v. F. Gliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1998, 181.

⁷²C.M. Bianca, *Patto commissorio*, cit., 715. Contra F. Gliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 181 ss.

⁷³La giurisprudenza di legittimità ha sempre ritenuto l'interpretazione del divieto del patto commissorio – estesa oltre i limiti letterali di cui all'art. 2744 c.c. – come un principio non problematico e, generalmente, non bisognoso di particolare dimostrazione. Al riguardo, *cf.* Cass., 4 agosto 1950, n. 2373, in *Giur. it.*, 1951, I, cc. 114 ss.; Cass., 31 marzo 1955, n. 956, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce "patto commissorio", nn. 1-2; Cass., 30 luglio 1957, n. 3229, in *Mass. Foro it.*, 1957, cc. 631.

⁷⁴In tal senso, v. M. Iacuniello Bruggi, *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, 1990, Roma, 1 ss.;

lettura “sostanzialistico-funzionale” della norma per includere fattispecie ulteriori e diverse rispetto a quelle letteralmente contemplate⁷⁵. L’adesione alla concezione funzionale implica la concezione del divieto di patto commissorio come un principio generale dell’ordinamento, volto a sanzionare un determinato risultato, prescindendo dalle modalità concrete del suo raggiungimento. In tale ottica, è stato ritenuto che il divieto sia applicabile anche alle ipotesi di trasferimenti di proprietà di beni gravati da un privilegio speciale, di carattere legale o convenzionale, essendo parimenti ravvisabile la finalità commissoria⁷⁶. Anche l’opinione intorno alla configurabilità di un patto commissorio solo «obbligatorio» si è imposta, attesa la possibilità di conseguire l’effetto reale mediante esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre, la quale produrrebbe così il risultato vietato⁷⁷.

L’art. 2744 cod. civ. viene interpretato, in definitiva, come norma materiale in forza della quale risulta colpito da nullità non solo il patto ivi descritto ma qualunque tipo di convenzione stipulata tra debitore e creditore che miri al raggiungimento del risultato vietato dal legislatore: ossia che il trasferimento della proprietà di un bene avvenga per perseguire la finalità di garanzia di un credito. Di recente, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito l’ambito di applicazione del divieto: “*il divieto del patto commissorio si estende a qualsiasi negozio che venga impiegato per conseguire un risultato concreto, vietato dall’ordinamento, della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento della proprietà di un suo bene quale conseguenza della mancata estinzione di un suo debito*”⁷⁸.

A. Butera, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, 410.

⁷⁵ A tal riguardo cfr. M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, cit., 22 ss.; F. Realmonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16 ss.

⁷⁶ V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, cit., 54 ss.; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, cit., 65 ss. Al medesimo esito è approdata anche la giurisprudenza prevalente: in tal senso, cfr. Cass. 4262/2013; Cass. 1096/2013; Cass. 22314/2013; Cass. 5740/2011; Cass. 437/2009; Cass. 1675/2012; Cass. 12462/2013.

⁷⁷ Cfr., sul punto, M. Martino, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, Milano, fasc. 3/2012, 684 ss.

⁷⁸ Cfr. Corte di Cassazione Civile, sez. II., sentenza del 30/9/2013, n. 22314 in *www.diritto.it*; Cass., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675, in *I contratti*, 12/2012, 1023 ss., con commento di G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, *ivi*, 2009, 803; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 770, ed in *Obbl. e Contr.*, 2006, 549 ss., con nota di G.

La questione sull'ambito di applicazione del divieto si è posta di frequente nella prassi con riferimento alle c.d. alienazioni a scopo di garanzia. In queste ultime l'alienante-debitore e l'acquirente-creditore convengono che il trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto si produca definitivamente solo nel caso in cui il debitore risulti inadempiente rispetto ad un pregresso rapporto obbligatorio. L'accordo così concluso dalle parti si presenta, rispetto a quello previsto all'art. 2744 c.c., come autonomo e non accessorio, nel senso che il bene che ne costituisce l'oggetto non risulta vincolato da alcuna garanzia, né reale né personale. In sostanza, nelle alienazioni in garanzia lo schema tipico della vendita viene utilizzato per perseguire lo scopo di garantire una data obbligazione, in quanto l'effetto traslativo – che gli è proprio – è subordinato all'inadempimento del debitore-alienante⁷⁹.

Come si è accennato, in una prima fase, la giurisprudenza di legittimità tendeva a distinguere tra due tipologie di accordi: quelli sospensivamente condizionati, in cui la proprietà del bene si trasferisce in capo al creditore solo a seguito dell'inadempimento, e quelli risolutivamente condizionati, in cui l'effetto traslativo si produce immediatamente, al momento della conclusione dell'accordo, ma l'acquisto si consolida in capo al creditore solo in caso di inadempimento (ovvero si risolve in caso di adempimento). Sicché, la giurisprudenza riteneva nulli, in base al combinato disposto degli artt. 1418 e 2744 c.c., soltanto gli accordi sospensivamente condizionati, poiché il trasferimento della proprietà non si produce immediatamente, ma è subordinato al mancato adempimento da parte del creditore alienante. Invero, la giurisprudenza qualificava tale tipologia di alienazioni come negozi in frode alla legge, ovvero negozi con causa illecita, verificandosi un'alterazione della causa tipica della compravendita (scambio di cosa contro prezzo) o, ancora, negozi perseguiti interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento *ex art. 1322 c.c.*⁸⁰.

Orbene, tale posizione è stata totalmente ribaltata sulla base di una lettura in chiave sostanzialistica dell'art. 2744 c.c. In particolare, il *revirement* del tra-

Gennari.

⁷⁹ In argomento, *cf.* M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, cit., 1824; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, cit., c. 1698.

⁸⁰ In tal senso *cf.* F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, cit. II, 156; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, cit., 441; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, cit., 156.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 502; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 105 ss.

dizionale orientamento sopra esposto è avvenuto ad opera dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 3 giugno 1983, n. 3800 che ha trovato conferma nella successiva Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611 a cui si è sostanzialmente conformata la giurisprudenza successiva⁸¹. Con queste pronunce, la Suprema Corte ha puntualizzato che tanto le alienazioni sospensivamente condizionate quanto quelle risolutivamente condizionate risultano idonee a violare il fine sancito dal divieto di patto commissorio: precludere il trasferimento della proprietà di un bene con lo scopo di garantire una data obbligazione, e ciò a prescindere dal mero dato formale che fa leva sull'immediatezza del trasferimento della proprietà. Ne consegue che l'art. 2744 costituisce un principio generale dell'ordinamento e, in particolare, della materia delle garanzie del credito. Tale principio mira a reprimere il raggiungimento di un dato risultato a prescindere dallo schema contrattuale e formale di cui le parti si avvalgono. In altri termini, detta norma esprime un divieto di risultato, sicché protegge il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando al contempo la garanzia della *par condicio creditorum*. È tale risultato che giustifica, infatti, il divieto di legge e non già i mezzi impiegati: «con la conseguenza che, ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, manca la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita e si realizza proprio il negozio vietato dalla legge»⁸².

Occorre adesso rilevare che alla crescente estensione di formazione giurisprudenziale di tale divieto ha corrisposto una velata preoccupazione da parte del legislatore che — anche in virtù degli apporti della normativa sovranazio-

⁸¹ A tal riguardo v. G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, cit., 2953; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, cit., c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, cit., c. 1698; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 348; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, cit., 615 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, cit., c. 1428; F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, nota a Cass., ss.uu., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1440 ss.

⁸² Cfr. Cass., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675, cit., 1025; analogamente, Cass., sez. II, 8 febbraio 2007, n. 2725; Cass., sez. II, 12 gennaio 2009, n. 437; Cass., sez. II, 10 marzo 2011, n. 5740.

nale — ha cercato di circoscriverne l'ambito applicativo⁸³. In tal senso, la direttiva n. 2002/47/Ce in materia di contratti di garanzia finanziaria⁸⁴ (attuata nel nostro ordinamento in virtù del d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170), ha espressamente escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate (autorità pubbliche, banche centrali, enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione)⁸⁵.

Tale approccio ha alimentato, peraltro, la tesi incline a ritenere sostanzialmente superata la posizione di chi vedeva nel divieto del patto commissorio una tendenziale inderogabilità delle procedure giudiziali esecutive⁸⁶. Dalla disposizione in esame derivava *«un orientamento ostile all'assoggettamento del debitore a poteri di autotutela satisfattoria: ciò che si vuole evitare non è tanto la possibilità di un arricchimento ingiusto che risulterebbe dal patto nella eventuale sproporzione fra garanzia e credito (giacché allora basterebbe, ad escludere il divieto, che il creditore si obbligasse al rendiconto, mentre ciò non basta), quanto piuttosto la stessa possibilità di un auto-soddisfacimento da parte del creditore. La legge, in altri termini, riprova e combatte non tanto il risultato possibile, quanto il modo di perseguirlo: d'autorità, cioè, dell'interessato con sopraffazione di un altro pur consenziente: giacché tale sopraffazione è sempre possibile colà dove non giunga il controllo statale. Ma se tale è la ratio iuris del divieto del patto commissorio, par lecito ravvisare in esso, anziché la deroga a un contrario principio di libertà, l'espressione di un orientamento ostile a ogni assoggettamento convenzionale*

⁸³ Si vedano le considerazioni di M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, 570.

⁸⁴ In generale, sulle garanzie finanziarie, cfr. A.V. Guccione, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008; nonché V. Agnese, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009.

⁸⁵ A tal riguardo, è opportuno precisare che, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 170/2004, vengono ricompresi sia il contratto di pronti contro termine, sia qualunque altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie allorché le parti contraenti rientrino nelle summenzionate categorie.

⁸⁶ Testualmente G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., 1031. In senso conforme al testo, F. De Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorantizia*, Milano, 2011.

*all'autorità esecutiva del creditore»*⁸⁷.

In senso opposto si colloca, invece, la riforma apportata dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59, la quale ha introdotto uno schema, di portata generalizzata, di autotutela esecutiva, onde agevolare il recupero del credito ad opera dello stesso creditore (v. *infra*).

5. – Si è detto che il divieto del patto commissorio nel nostro ordinamento è frutto di una riproduzione dalla tradizione legislativa francese⁸⁸. In effetti, il *Code civil* – prima della riforma del 2006 di cui si parlerà appresso – prevedeva il divieto del patto agli articoli 2078, per i beni oggetto di pegno, e all'art. 2088, in tema di anticresi; mentre, l'art. 742 del *Code de procédure civile* afferma la nullità di ogni clausola pattizia che miri a derogare alle formalità prescritte per le procedure esecutive immobiliari.

L'ordinamento francese prevede, peraltro, una serie cospicua di norme volte a disciplinare e tutelare i trasferimenti a scopo di garanzia. In tale ottica, si ricordano il *leasing* finanziario o *credit-bail*⁸⁹, che viene disciplinato da una serie di norme applicabili anche al *lease back* finanziario, e la *cession-bail*⁹⁰.

In particolare, per quanto concerne i trasferimenti aventi ad oggetto crediti, viene in rilievo la *loi Dailly* del 2 gennaio 1981, emanata per facilitare la costituzione in pegno o la cessione in garanzia dei crediti a favore degli istituti di credito, che abbiano finanziato un esercente commerciale o una persona giuridica. In pratica, il soggetto cedente può tenere continuamente aperta una propria linea di credito, garantita dalla titolarità di diritti ceduti a favore del finanziatore. Al riguardo, sono state espresse perplessità in ordine alla liceità di tale normativa in quanto assimilabile al divieto di patto commissorio⁹¹. La giurisprudenza, in una prima fase, riteneva valide tali operazioni in quanto compatibili con il divieto di cui all'art. 2078 *code civil*; successivamente, invece, le

⁸⁷ E. Betti, *Sugli oneri e sui limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni delle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 699, ripreso da F. De Murino, *L'autotutela nell'escussione*, cit., 59.

⁸⁸ In argomento, v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 98 ss.

⁸⁹ *Cfr.*, in proposito, G. Parleani, *Le contract de lease-back*, in *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1973, 693 ss.

⁹⁰ Sebbene la giurisprudenza non si sia occupata della compatibilità degli istituti anzidetti con il patto commissorio, la dottrina sembra ammettere la liceità di tali figure contrattuali. In tal senso, *cfr.* C. Wits, *Le fiducie en droit privé français*, Parigi, 1981, 149 ss.

⁹¹ G. Marty, *Droit civil. Les suretes – La publicité foncière*, Parigi, 1987, 69.

pronunce sulla validità delle prefate cessioni si sono rivelate più accorte.

Va considerato che nel sistema francese – al pari del nostro ordinamento – l'ambito di applicazione del divieto in esame non risultava del tutto precisato, poiché mancava una norma esplicita di riferimento che potesse inquadrare nel dettaglio l'istituto *de quo*. Viceversa, erano presenti diverse disposizioni riferibili al divieto: *le cautionnement*, *le depot de garantie*, *le nantissement en argent*, che la dottrina più o meno recente⁹² e la giurisprudenza⁹³ consideravano alla stregua di un pegno di somme di denaro o *gage-espèces*⁹⁴.

Nondimeno, già a partire dagli anni sessanta, la legislazione francese ha permesso l'inserimento nel proprio ordinamento di una serie di forme di proprietà-garanzia, come il summenzionato *credit-bail*, anche grazie al sostegno di una giurisprudenza favorevole alla cessione dei crediti in garanzia ed alla costituzione in pegno di denaro con immediato passaggio della proprietà al creditore.

La crisi del divieto ha condotto, da ultimo, alla riforma delle *sûretés* del 2006 (ord. 23.3.2006, n. 346), che ha abrogato la comminatoria di nullità del patto commissorio prevista dal *Code Civil* agli art. 2078 e 2088, con la conseguente positivizzazione di precise figure negoziali tipiche, ritenute valide dall'ordinamento francese⁹⁵. Secondo la nuova disciplina, infatti, può convenirsi che il cre-

⁹² L. Guilloard, *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Parigi, 1895, 28; F. Chabas, *Leçons de droit civil*, III, Parigi, 1988, 86.

⁹³ Cass. comm., 29 marzo 1989, in *D.*, 1989, 457; Cass. civ., 20 novembre 1989, in *J. C. P.*, 1990, 21590.

⁹⁴ Tale convenzione viene inquadrata più specificatamente come un pegno avente come effetto quello di rendere proprietario della somma di denaro il creditore, vincolando quest'ultimo alla restituzione della somma, nel caso in cui venga adempiuta l'obbligazione oggetto della garanzia. In un primo momento, la giurisprudenza francese, applicando la disciplina della compensazione, riteneva lecita tale pratica commerciale, non prefigurando l'ipotesi del divieto del patto commissorio. Successivamente, la Corte d'Appello di Parigi (App. Paris, 4 maggio 1992, in *Bull. Joly*, 1993, 861) si è posta l'interrogativo se tale fattispecie potesse determinare la finalità commissoria di cui all'art. 2078, mantenendo identica regola operativa. Sul punto, i giudici francesi hanno chiarito che, anche se le parti considerino l'alienazione del bene dato in pegno sotto forma di compensazione, quest'ultima può ben integrare il divieto del patto commissorio; conseguentemente, è stato puntualizzato che anche un accordo di compensazione può essere qualificato come accordo commissorio di cui all'art. 2078. Tale decisione è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione (Cass. com., 9 aprile 1996, in *D.*, 1996, 399) che ha rigettato il ricorso, avallando gli argomenti del giudice territoriale; trovando altresì riscontro in successive pronunce dello stesso organo giurisdizionale.

⁹⁵ Nello specifico, la «fiducia» è divenuta in Francia un negozio tipico, definito come l'operazione per la quale uno o più costituenti trasferiscono dei beni, presenti o futuri, ad uno o più fi-

ditore pignoratizio diventi proprietario del bene dato in pegno in caso di inadempimento, ma il credito deve essere soddisfatto conteggiando il valore del bene accertato al momento del trasferimento al creditore⁹⁶. La valutazione deve essere effettuata da periti designati concordemente dalle parti o nominati dal giudice, salvo che si tratti di beni quotati ufficialmente. Nel caso, l'eccedenza deve essere versata al debitore o ad altri eventuali creditori pignoratizi.

Come può facilmente cogliersi, in realtà, è stato codificato il tradizionale riconoscimento della validità del patto marciano⁹⁷ (v. *infra*). Semmai, uno speciale rilievo assume il patto che ha per oggetto la residenza principale del debitore, per il quale è prevista la nullità (arg. ex art. 2459 *code civil*). Analogamente è disposto nell'ambito del *code de la consommation* (l. n. 93.949 del 26 luglio 1993) in tema di pegno costituito a garanzia di un mutuo (arg. ex art. 37 della citata ordinanza del 2006).

Con riguardo alla disciplina del patto commissorio in Germania, invece, il

ducari, che li tengono separati dal proprio patrimonio agendo per uno scopo determinato a vantaggio di uno o più beneficiari (art. 2011 *code civil*, come intr. dalla l. n. 2007-211 del 19 febbraio 2007). Cfr., in tema, F. Barrière, *La fiducie. Commentaire de la loi n. 2007-211 du 19 février 2007*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni*, a cura di D. Zanchi, Torino, 2009, 828. Va soggiunto che la *fiducie*, riservata in un primo momento alle persone giuridiche (banche), è stata poi resa utilizzabile anche da parte delle persone fisiche (avvocati) ex art. 2014 *code civil*, come intr. dall'ord. n. 2009-112 del 30 gennaio 2009, con la previsione di un registro nazionale delle fiducie (art. 2020 *code civil*, nuovo testo). Su quest'ultimo intervento riferisce G. Notté, *Ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, in *Semaine juridique*, 2009, 12. Merita, infine, un cenno l'impiego della fiducia a scopo di garanzia (c.d. *fiducie sûreté*); al riguardo, è stabilito che in caso di inadempimento da parte del costituente il fiduciario deve restituire la differenza tra il credito garantito ed il valore dei beni oggetto della fiducia, valutati da periti (artt. 2372, c. 3, 2372, c. 4, *code civil*, come intr. dall'ord. 2009-112). Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, Milano, 2012, 260; G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., 600. V. pure Le Corre, in *Recueil Dalloz*, 2009, 882.

⁹⁶ Cfr., sul punto, C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 277.

⁹⁷ Cfr., in argomento, S. Hébert, *Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, in *Recueil Dalloz* 2007, 2052, secondo la quale il legislatore francese ha inteso restituire alle garanzie reali tradizionali le loro perdute attrattive senza sacrificare gli interessi del debitore. Per la verità, le norme richiamate danno cittadinanza all'«alienazione in garanzia», facendo definitivamente venir meno le obiezioni di ordine dogmatico che hanno sbarrato la strada, specie in passato, a questo tipo di convenzioni.

BGB afferma il divieto del patto agli articoli 1149⁹⁸ e 1229⁹⁹. Segnatamente, la prima disposizione concerne il divieto del patto sui beni ipotecati e deve essere letta alla luce dell'art. 134 BGB, che dispone la nullità di qualsiasi negozio giuridico che urti contro un divieto imposto dalla legge, salvo che legge non disponga diversamente¹⁰⁰.

Per quanto concerne la *ratio* del divieto, è stato osservato che la stessa rappresenta uno degli anelli di unione fra il diritto tedesco attuale e la tradizione dei diritti particolari, e che trovi il proprio fondamento sul carattere usurario della pattuizione, stante la sua incompatibilità con l'ipoteca¹⁰¹.

In realtà, più che porre in rilievo la natura usuraia o meno della pattuizione, occorre soffermarsi sull'inammissibilità dell'assunzione di un obbligo riguardante un trasferimento immobiliare condizionato. Tale assunto risulta confermato, in primo luogo, dalla impossibilità, secondo il diritto tedesco, di apporre condizioni o termini ai trasferimenti di immobili; in secondo luogo, un simile trasferimento risulterebbe contrario all'art. 1147 BGB, a tenore del quale il soddisfacimento del creditore sui beni ipotecati può avere luogo solo attraverso l'esecuzione forzata. Sicché, sono nulli tutti gli accordi che attribuiscono al creditore il diritto ad una vendita stragiudiziale, valendo il principio per cui solo il procedimento predisposto dalla legge può garantire un equilibrio dei diritti di creditore e debitore¹⁰².

Per quanto riguarda il pegno, invece, viene in rilievo il citato art. 1229 BGB, il quale prevede espressamente la nullità di un accordo con cui si stabilisca che al creditore pignoratizio, nel caso in cui questi non venga soddisfatto (o puntualmente soddisfatto), spetti la proprietà sul bene oggetto del pegno o che questa gli debba essere trasferita, sempre che siffatto accordo venga stipulato prima che il creditore sia legittimato alla vendita del bene. Dalla lettura della norma, si evince che essa disciplina un accordo volto a generare due situa-

⁹⁸ Art. 1149 BGB: "Il proprietario non può, fintanto che il credito non è in suo confronto scaduto, accordare al creditore il diritto di pretendere, per essere soddisfatto, il trasferimento della proprietà del fondo o di promuovere l'alienazione del fondo per altra via che per quella dell'esecuzione forzata."

⁹⁹ Art. 1229 BGB: "Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratizio, qualora non venga soddisfatto, o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o essere trasferita la proprietà della cosa, è nullo".

¹⁰⁰ R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino, 1993, 546 ss.

¹⁰¹ Vedasi *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., Monaco, 1997, sub art. 1149, RdNr.

¹⁰² M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, cit., 151 ss.

zioni giuridiche, tra loro alternative, in capo al creditore pignoratizio: *in primis*, il diritto di acquistare automaticamente la proprietà in ordine al bene oggetto del pegno; *in secundis*, il diritto di pretendere che il debitore gli trasferisca la proprietà del bene stesso. Tali situazioni vengono in essere al momento in cui vi è la scadenza dell'obbligazione garantita e si verifica l'inadempimento di quest'ultima.

Affinché si verifichi la fattispecie di cui all'art. 1229 BGB deve ricorrere, dunque, l'inadempimento da parte del datore del pegno, alla scadenza dell'obbligazione garantita e, per l'effetto, la non soddisfazione del creditore pignoratizio: da qualificarsi, pertanto, quale elemento accidentale della struttura del patto commissorio. La norma in commento prevede altresì che l'accordo commissorio debba essere posto in essere necessariamente prima della scadenza del debito garantito, quando anche si trattasse semplicemente di una scadenza parziale¹⁰³. Inoltre, anche la nullità descritta dall'art. 1129 BGB risulta riconducibile, come per i beni oggetto di ipoteca, a quella di cui all'art. 134 BGB, che prevede la nullità di un negozio giuridico quando questo violi la legge, fatte salve le ipotesi espressamente previste dall'ordinamento.

Meritano un cenno, infine, i sistemi di *common law*, che non conoscono il divieto in esame¹⁰⁴; anzi, accordano notoriamente ampio spazio operativo ad un istituto che, tra le molteplici funzioni, annovera anche quella di costituire uno strumento utilizzabile per la costituzione di una «garanzia»: il *trust*. Le ragioni del ricorso al *trust* ai fini di garanzia risiedono essenzialmente – come sovente si sottolinea – nell'esigenza, particolarmente avvertita dagli operatori economici, di costituire garanzie del credito «che non debbano sottostare ad eccessivi formalismi e, soprattutto, che consentano al creditore, in caso di inadempimento, l'escussione senza dover passare per una procedura esecutiva»¹⁰⁵. Com'è agevole osservare, peraltro, si tratta di una delle ragioni che stanno generalmente, negli ordinamenti di *civil law*, alla base della scelta dei contraenti di porre in essere un patto commissorio. Va, tuttavia, notato che l'art. 15 della

¹⁰³ Cfr. V. J. Damrau, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage 2009, BGB, sub art. 1229, Rn. 3.

¹⁰⁴ Per l'osservazione secondo cui il divieto del patto commissorio è «privo di senso là ove si conosca e si pratici il *trust*» e che per questo motivo non ha mai attecchito nei paesi di *common law*, cfr. A. Candian, *Appunti dubbiosi sulla «ratio» del divieto del patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 184.

¹⁰⁵ G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, cit., 599.

Convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985 sul riconoscimento del *trust* (recepita dal nostro ordinamento con la legge 16 ottobre 1989, n. 364) stabilisce che la Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in una serie di materie, tra le quali – alla lettera *d*) – viene menzionata la materia del «trasferimento della proprietà e delle garanzie reali». Dunque, è possibile che un «*trust* di garanzia» non riceva riconoscimento nel nostro ordinamento, poiché in contrasto con il divieto del patto commissorio.

6. – Nell'ambito delle vicende negoziali volte alla indiretta elusione del dettato normativo di cui all'art. 2744 c.c., vanno segnalate per importanza e diffusione le c.d. alienazioni a scopo di garanzia¹⁰⁶. Gli schemi contrattuali annoverati sono accomunati dal fatto di essere per lo più – secondo la qualificazione largamente prevalente – strumenti tipici, piegati dalle parti alla realizzazione di fini di garanzia del credito¹⁰⁷. Nel dettaglio, devono essere ricompresi tutti quei trasferimenti realizzati attraverso gli strumenti normativi predisposti dal codice civile, quali: la vendita con patto di riscatto o di retrovendendo (artt. 1500 ss. c.c.) o la vendita con riserva di proprietà (artt. 1523 ss. c.c.), oppure quei negozi considerati leciti, ma usati per aggirare il divieto del patto commissorio ogni qual volta la vendita del bene mascheri, in realtà, la volontà di attribuire il medesimo in maniera definitiva al creditore al solo verificarsi dell'inadempimento del debitore¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Per un'analisi di diritto comparato v. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, *passim*; F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studi di diritto comparato*, Napoli, 2009, *passim*; Id., *Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei*, in F. Preite – A. Gazzanti Pugliese di Cotrone, *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 4, Torino, 2011, 827 ss.

¹⁰⁷ In argomento, *cfr.* A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 99 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 105 ss.; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, spec. 303 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 88 ss.; U. La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 146 ss.; R. De Nicolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, 20 ss.; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1824; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698.

¹⁰⁸ Un simile effetto, a titolo esemplificativo, potrà essere realizzato mediante un contratto di

Invero, bisogna riconoscere che, nel nostro sistema, solo a fatica e con soluzione di discontinuità i trasferimenti a scopo di garanzia hanno potuto trovare spiragli di liceità. I nostri tribunali – seguendo un *trend* non sempre uniforme – sono stati piuttosto severi nel comminare la sanzione della nullità alle svariate figure giuridiche all'uopo utilizzate dalle parti, per lo più invocando la violazione del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.¹⁰⁹. Solo negli ultimi decenni, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno assunto una posizione favorevole verso la cessione di diritti a scopo di garanzia¹¹⁰.

In linea di massima, sono state avanzate obiezioni di ordine dogmatico – sulla base di specifici dati di diritto positivo¹¹¹ – circa l'ammissibilità dei trasferimenti con funzione di garanzia nel nostro ordinamento¹¹² e, in particola-

compravendita di un bene in cui l'acquisto sia condizionato risolutivamente all'adempimento del venditore, o ancora nel caso in cui il riscatto del bene venduto sia subordinato, non tanto alla restituzione del prezzo o dei rimborsi, così come disposto dall'art. 1500 c.c., quanto piuttosto alla restituzione di una somma ricevuta a mutuo eludendo palesemente il divieto di cui all'art. 2744 c.c.. In questi casi, la funzione di garanzia si attuerebbe non mediante la costituzione di uno *ius praelationis* in capo al creditore tutelato, bensì mediante il trasferimento allo stesso creditore – a titolo temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà.

¹⁰⁹ Cfr. F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, *passim*. Per converso, l'alienazione in garanzia ha avuto ampio e sicuro riconoscimento da parte della dottrina tedesca nel diciannovesimo secolo. Vedasi, tra gli altri, K.M. Hellwig, in *Archiv. civ. Praxis*, LXIV, 1881, 378; G.A. Leist, *Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien*, Jena, 1889; P. Oertmann, in *Deutsche Jur. Zeitung*, XVI, 1911, 1180; G. Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II, 2, Tübingen, 1952, 141; P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg, 1993, 253.

¹¹⁰ Cfr. F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 361.

¹¹¹ Basti pensare alla rigidità del sistema codicistico della responsabilità patrimoniale, fondato sui principi di inderogabilità della *par condicio creditorum* e della tipicità, ovvero al *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia o, ancora, al divieto di usura.

¹¹² Nell'ordinamento tedesco, con riferimento alle garanzie mobiliari tipiche, si presentano, in linea di principio, gli stessi problemi che affliggono il sistema italiano. Il modello legale del pegno su cosa mobile e su crediti (§§ 1204–1258 BGB) – richiedendo per la nascita della garanzia, nel primo caso, lo spossessamento del debitore, al quale si accompagna un conseguente divieto di ricorrere al costituito possessorio nell'intento di evitare la formazione di garanzie occulte, e nel secondo caso la notificazione al debitore – si è rivelato di difficile utilizzazione nella prassi imprenditoriale. Per superare quest'*empasse*, l'autonomia privata, supportata da una tradizione che riconosce un marcato rilievo al diritto consuetudinario e giurisprudenziale, ha fatto ricorso a strumenti diversi da quelli tipici – quali la vendita di beni mobili con riserva di proprietà (§ 455 BGB) o il trasferimento in garanzia di crediti, o di beni mobili con costituito possessorio (§ 930

re, nel caso in cui si tratti di trasferimenti della proprietà¹¹³. In proposito, si è sostenuto che la causa di garanzia non sia sufficiente a “supportare” un trasferimento della proprietà¹¹⁴.

Sempre sul piano dogmatico, si è fatto leva, inoltre, sul principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali e, precisamente, sulla impossibilità di concepire una proprietà che, in conseguenza del suo carattere (potenzialmente) temporaneo, comporti limitazioni di vario genere all'esercizio delle facoltà di godimento e di disposizione da parte del proprietario¹¹⁵. Eppure, la possibilità di apporre al negozio traslativo della proprietà di un bene una condizione risolutiva dovrebbe essere sufficiente a far riconoscere che è lo stesso legislatore ad avere ammesso una proprietà (per così dire condizionata), che non consente evidentemente al suo titolare il pieno esercizio delle facoltà che normalmente ineriscono al diritto dominicale. Da ciò ne deriva che il principio del *numerus clausus* non sarebbe nemmeno violato nelle fattispecie di alienazioni a scopo di garanzia.

Piuttosto, va evidenziato che al momento di inquadrare le alienazioni in garanzia quali modalità per eludere le pattuizioni commissorie, si è fatto ricorso a due differenti argomentazioni incentrate, rispettivamente, la prima sulla simulazione e la seconda sulla frode alla legge.

Più nel dettaglio, il ricorso alla simulazione derivava dal differente trattamento applicato alle alienazioni sospensivamente condizionate e alle alienazioni risolutivamente condizionate¹¹⁶, che venivano generalmente ammesse dalla giurisprudenza prima del *revirement* del 1983. In tali situazioni, infatti, le parti potevano stipulare una vendita risolutivamente condizionata ma che, in realtà, celava un'alienazione sospensivamente condizionata. La tecnica della simula-

BGB) – che nelle loro forme c.d. “prolungate” ed “ampliate” ottengono il risultato di costituire una garanzia reale atipica senza spossessamento, per la quale non si pongono problemi di validità alla luce del divieto del patto commissorio. A tal proposito, *cfr.* B. Cassandro Sulpasso, *La vendita con riserva di proprietà in diritto comparato*, in AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, 781 ss.

¹¹³ *Cfr.* F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, cit., 361.

¹¹⁴ *Cfr.*, per l'impostazione classica evocata nel testo, la magistrale formulazione fornita da S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298 ss.; Id., *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 334 ss.; v. pure F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, *passim*.

¹¹⁵ C.M. Bianca, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 49.

¹¹⁶ Vedi paragrafo successivo.

zione appariva, dunque, uno strumento assai frequente e per certi versi inevitabile. Purtuttavia, a seguito della svolta giurisprudenziale suesposta (che ha parificato le due operazioni negoziali), è facile constatare come il ricorso alla simulazione abbia cessato di rappresentare un problema¹¹⁷. Quale che sia la patuizione, basterà infatti – dopo l'equiparazione suddetta – fare riferimento ai criteri di interpretazione del contratto. A tal proposito, si potrà ricorrere, ad esempio, alla sproporzione del prezzo, cioè al netto divario tra il valore del bene e l'oggetto dell'obbligazione.

Per quanto concerne, invece, la tematica della frode alla legge, risulta ancora controverso se le alienazioni in funzione di garanzia possano essere considerate un negozio in frode alla legge, rientrando nell'ambito operativo dell'art. 1344 cod. civ.¹¹⁸, oppure un semplice caso di contrarietà diretta alla legge, e come tale integrante gli estremi di cui all'art. 1343 cod. civ.¹¹⁹.

Per rispondere al superiore quesito, occorre analizzare le incertezze interpretative afferenti al tema del negozio in frode alla legge. Al riguardo, sono state proposte quattro teorie.

La prima è la teoria c.d. oggettiva, secondo cui è da considerarsi in frode alla legge quel contratto che persegua un risultato analogo, ma non identico, a quello vietato dalla legge¹²⁰. Per la verità, a tale tesi è stata mossa l'obiezione che non possono estendersi norme eccezionali a fattispecie diverse, benché analoghe a quelle previste dalla legge. Ed infatti, nel momento in cui viene perseguito un risultato vietato dal legislatore, si fa riferimento ad una norma proibitiva, cioè limitativa dell'autonomia delle parti. Da ciò ne deriva l'impossibilità di ritenere che un risultato analogo – ma difforme rispetto a quello vietato – venga criticato attraverso il ricorso alla frode alla legge.

La seconda teoria, che rileva in tema di negozio in frode alla legge, è la teo-

¹¹⁷G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156; Id., *Particolari profili della vendita a scopo di garanzia*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 573; Id., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 1064; E. Roppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 398 ss.

¹¹⁸L'art. 1344 c.c. derubricato *Contratto in frode alla legge* afferma che: "Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

¹¹⁹L'art. 1343 c.c. derubricato *Causa illecita* dispone che: "La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".

¹²⁰U. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1992, 482 ss.

ria c.d. soggettiva la quale rappresenta un'integrazione di quella testé esposta¹²¹. Tale tesi afferma, infatti, che il risultato perseguito, oltre che analogo a quello vietato, deve essere il prodotto di un comportamento fraudolento del soggetto. Tuttavia, l'elemento soggettivo (*id est*, lo stato psicologico dell'agente) non costituisce l'aspetto qualificante del patto, non consentendo di conoscere l'operatività di un meccanismo analogico.

La terza tesi è quella c.d. combinatoria, secondo cui la frode alla legge non è altro che un meccanismo mediante il quale viene perseguito un risultato identico rispetto a quello vietato, raggiunto con la pattuizione di negozi di per sé leciti, in quanto volti apparentemente al conseguimento di uno scopo lecito, ma la cui combinazione persegue la realizzazione di un risultato illecito¹²². Secondo tale teoria, dunque, nell'ipotesi in cui venga stipulato un contratto che miri direttamente a realizzare un risultato vietato, saremmo di fronte ad una pattuizione contraria alla legge; mentre, vi sarà un negozio in frode alla legge quando le parti pongano in essere un serie di negozi leciti la cui combinazione porti ad un risultato identico a quello vietato.

Infine, occorre menzionare la tesi c.d. abrogativa, che considera abolita la fattispecie della frode alla legge nel nostro ordinamento¹²³. In particolare, tale teoria poggia sull'assunto che la frode alla legge poteva avere un senso nel nostro ordinamento quando la causa del contratto era interpretata in modo astratto, cioè come funzione economico-sociale, affermando che la stessa non poteva essere contraria alla legge. Epperò, tale assunto non può trovare riscontro se si guarda alla causa concreta, ossia all'effettivo risultato perseguito dalle parti, che in molti casi può essere contrario alla legge.

A ben vedere, dalla teorie suesposte emerge che non può aversi un riscontro preciso riguardo al patto commissorio. Ciononostante, prendendo in considerazione la tesi combinatoria, cioè della combinazione di più negozi leciti che nell'insieme conducono ad un risultato vietato dall'ordinamento, si può ritenere che il patto commissorio può integrare un'ipotesi di frode alla legge tutte le volte in cui le parti occultino il legame tra i negozi giuridici attraverso la tecnica simulatoria. Tali considerazioni possono essere avanzate circa

¹²¹ G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 24 ss.

¹²² F. Caringella, *Il divieto di patto commissorio autonomo: nuovi confini e nodi al pettine*, in *CG*, 1995, 1, nota a Cass., 28 settembre 1994, n. 7890.

¹²³ U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 501.

l'inammissibilità del patto commissorio autonomo ad efficacia traslativa immediata, indipendentemente dall'esistenza di una disposizione quale l'art. 2744 c.c., e dall'esplicito divieto del c.d. patto commissorio ivi contenuto¹²⁴. Del resto, il fondamento che la giurisprudenza da sempre ha posto alla base del divieto del patto commissorio, e cioè la tutela del debitore pressato dal bisogno di liquidità, oltre alla tutela dei creditori chirografari diversi dal beneficiario del patto, è una *ratio* che apriva di per sé la strada all'ulteriore estensione del divieto anche al trasferimento commissorio risolutivamente condizionato, non riuscendosi proprio a vedere quale differenza significativa potesse marcare il momento temporale in cui sia previsto il passaggio della proprietà¹²⁵. Ed infatti, nella fattispecie del patto commissorio sospensivamente condizionato, l'effetto pratico su cui si fonda il divieto è sostanzialmente assimilabile alla creazione di un patrimonio separato, ossia la destinazione di uno o più beni al soddisfacimento delle ragioni di alcuni dei creditori, al pari del patto commissorio con efficacia traslativa immediata; solo che, in quest'ultima ipotesi, il bene esce dalla sfera patrimoniale del debitore ma non potrà parlarsi di creazione di un patrimonio separato. Nondimeno, anche in tal caso l'effetto pratico è lo stesso di quello sopra illustrato, e ciò indipendentemente dal fatto che si determini la permanenza del bene nella disponibilità materiale del debitore.

In generale, può dirsi che al trasferimento commissorio consegua un risultato diverso e assai più incisivo della creazione di una causa di prelazione. Ed infatti, per effetto dello stesso viene sostanzialmente annullato il rischio del possibile mancato adempimento da parte del debitore. Sotto quest'ultimo aspetto, pertanto, ci si viene a trovare in presenza di una obbligazione anomala, se è vero che ad essa non è applicabile buona parte della disciplina che il codice riserva a tale istituto¹²⁶.

In tale ottica, parte della dottrina, recentemente, ha sostenuto la tesi della validità del patto commissorio autonomo senza distinzione tra accordi sospensivamente o risolutivamente condizionati, e lo ha fatto nell'ambito di una peculiare impostazione secondo cui il suddetto patto – inteso come trasferimento collegato alle sorti di un rapporto obbligatorio – non potrebbe comunque ave-

¹²⁴ In tal senso cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 1027 ss; P. Greco - G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, 275 ss.

¹²⁵ U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 499 ss.

¹²⁶ T. Scozzafava, *Note in tema di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2008, 855 ss.

re nel nostro ordinamento una funzione di garanzia; tutt'al più, potrebbe svolgere altre funzioni, per esempio di tipo creditizio o di tipo solutorio¹²⁷. Dunque, ad avviso dell'indirizzo dottrinale in parola, il patto commissorio autonomo, che si è sempre più diffuso nella prassi negoziale, avrebbe una funzione diversa dalla semplice garanzia, ponendosi come alternativa alle conseguenze dell'inadempimento; indi, se ne può assumere la validità (salvo che quest'ultima non sia da escludere per violazione di altre norme diverse dall'art. 2744 c.c.)¹²⁸. Per converso, se la funzione di garanzia dovesse o potesse considerarsi qualificante, la conclusione muterebbe radicalmente, perché allora il patto commissorio autonomo si porrebbe in insuperabile contrasto con i principi del nostro ordinamento¹²⁹.

Come si vede, la *ratio* del divieto del patto commissorio individuata da tale indirizzo implica l'impossibilità di utilizzare il riferimento all'art. 2744 c.c. come argomento per dedurre un più generale divieto di alienazioni in garanzia, basata sull'assunto della inidoneità della causa di garanzia a giustificare un trasferimento della proprietà¹³⁰. Sotto questo profilo la dottrina in commento appare, però, più rigida rispetto alla giurisprudenza, la quale, all'opposto, fondando il divieto delle alienazioni in funzione di garanzia sul dato positivo dell'art. 2744 c.c., ha mostrato minori difficoltà ad ammettere alienazioni in garanzia quando esse si mostrino rispettose della *ratio* di cui all'art. 2744 c.c.

7. – Dalle considerazioni sopra riportate emerge che anche il patto commissorio c.d. autonomo rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2744 c.c. A tal proposito, occorre esaminare, più nel dettaglio, l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a considerare lecite alcune fattispecie di alienazioni in funzione di garanzia¹³¹.

¹²⁷ Il riferimento è a F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 200 ss.; v. pure G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1030 s.

¹²⁸ F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., 200 ss.

¹²⁹ G. Pugliese, *Ancora sul divieto del patto commissorio in relazione alla vendita con patto di riscatto*, *ivi*, 1946, I, 87; Id., *Nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di patto di riscatto*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 813.

¹³⁰ A. Trotta, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giur. it.*, 2013, 343 ss.

¹³¹ In argomento, v. T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1118; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*,

In un primo periodo la giurisprudenza aveva operato, infatti, una distinzione fra le alienazioni sospensivamente condizionate e le alienazioni risolutivamente condizionate, ritenendo queste ultime non rientranti all'interno del divieto del patto commissorio. A ben vedere, la giurisprudenza adottava inizialmente un metro di giudizio basato su un criterio c.d. strutturale o cronologico, cioè fondato sul diverso momento del passaggio della proprietà del bene nell'ambito della convenzione tra le parti: nel caso in cui il trasferimento era immediato, il patto era valido; di contro, se lo stesso avveniva solo in seguito al verificarsi della condizione sospensiva, e cioè dell'inadempimento del debitore, la pattuizione era nulla¹³².

Tale assunto si basava, in primo luogo, sul tenore letterale dell'art. 2744 c.c., che prevede un determinato rapporto cronologico ed effettuale tra l'inadempimento dell'obbligazione ed il trasferimento della proprietà, nel senso che quest'ultimo deve essere differito al momento in cui si verifica il primo. In altre parole, disposta la pattuizione commissoria, il bene rimane nella proprietà del debitore fino a quando non scade il termine per l'adempimento, a partire dal quale dovrebbe prodursi l'effetto traslativo. Sicché, questa scansione cronologica renderebbe vietati dall'ordinamento solo i trasferimenti sospensivamente condizionati, dal momento che, nell'ipotesi di alienazione risolutivamente condizionata, la proprietà del bene si trasferisce non già per l'inadempimento del debitore, bensì immediatamente, con la conseguenza che l'adempimento comporterebbe la risoluzione di un trasferimento già precedentemente avvenuto.

In secondo luogo, la giurisprudenza ravvisava l'integrazione del divieto solo

1946, II, 65; Id., *Distinzione fra negozio fiduciario e negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, I, 265; E. Ondei, *Vendite elusive del divieto del patto commissorio*, in *Temi*, 1970, 34; S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 298; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156;

¹³²In tal senso, *cf.* Cass., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52; dello stesso tenore le motivazioni di Cass., 14 dicembre 1978, n. 5967, in *Arch. civ.*, 1979, 462; Cass., 10 marzo 1979, n. 1493, in *Rep. Giur. It.*, 1979, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass., 26 gennaio 1980, n. 642, in *Arch. civ.*, 1980, 681; Cass., 29 aprile 1980, n. 2854, *Rep. Giur. it.*, 1980, voce "Patto commissorio", n. 1; Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, *ivi*, 1981, voce "Vendita", n. 73; Cass., 12 novembre 1982, n. 6005, *ivi*, 1982, voce "Patto commissorio", n. 2; Cass., 6 giugno 1983, n. 3843, *ivi*, 1983, voce "Vendita", n. 75; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, *ivi*, 1984, voce "Patto commissorio", n. 4; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795, *ivi*, 1984, voce "Vendita", n. 51; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1230.

per le alienazioni sospensivamente condizionate sulla base dell'assenza nei trasferimenti risolutivi dalla coercizione psichica operata dal creditore nei confronti del debitore che teme di perdere il bene in garanzia. Ed infatti, operando direttamente il trasferimento della proprietà, il debitore opterebbe per una più consapevole e responsabile valutazione della convenienza e delle insidie dell'operazione contrattuale.

Dunque, la giurisprudenza riteneva lecite tutte le ipotesi di alienazioni risolutivamente condizionate e, pertanto, compatibile con i principi del nostro ordinamento giuridico la sottoposizione di una vendita a scopo di garanzia.

Ben presto, però, ci si è resi conto che i contraenti potevano creare un'alienazione risolutivamente condizionate, atta a celare un trasferimento sospensivamente condizionato¹³³. Per cui, furono individuati una serie di indici sintomatici volti a svelare la simulazione di un trasferimento condizionato. In particolare, fra tali criteri, oltre al mantenimento del bene da parte del debitore, fu riconosciuta come possibile integrazione di una pattuizione commissoria la previsione di un interesse sul prezzo da restituire. In tal senso, nel caso di un trasferimento risolutivamente condizionato, di norma, quando si verifica la condizione risolutiva, non viene previsto un interesse sul prezzo del bene già versato, acquisendo così l'acquirente il vantaggio del godimento del bene nel periodo compreso tra la stipulazione del negozio ed il verificarsi della condizione risolutiva; di contro, nei contratti in cui viene apposta una condizione sospensiva, viene prevista generalmente solo la restituzione del prezzo con la corresponsione di un interesse¹³⁴.

Oltre a tali criteri, furono ravvisati dalla giurisprudenza ulteriori indici nella sproporzione tra il valore del bene ed il prezzo definito nella pattuizione, nel collegamento del contratto di compravendita ad un mutuo, nella mancata trascrizione del contratto, o nel fatto che l'acquirente non corrispondesse il prezzo concordato.

In tal modo, alcune singolari pronunce, pur non innovando il panorama

¹³³ Al riguardo, v. A. De Martini, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 321; M. Ferrari, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 799; G. Ingrassia, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, 441.

¹³⁴ In tal senso, cfr. A. Butera, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, c. 410; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156; C.M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1239.

giurisprudenziale sopra delineato, avevano già preso le distanze dal criterio temporale, affermando la nullità per illiceità della causa delle alienazioni con effetti traslativi immediati in funzione di garanzia, atteso che anche in tali ipotesi la definitività del trasferimento è subordinata all'inadempimento¹³⁵.

7.1. – Una decisiva sferzata alla posizione giurisprudenziale sino ad allora mantenuta è stata data dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 3800 del 3 giugno 1983¹³⁶ la quale ha esteso il divieto del patto commissorio anche alle alienazioni risolutivamente condizionate¹³⁷, equiparandole alle alienazioni sospensivamente condizionate.

Va notato che il *revirement* delle giurisprudenza è dipeso dal passaggio da una concezione strutturale del patto commissorio ad una concezione funzionale. La concezione strutturale legava indissolubilmente il divieto del patto commissorio alla struttura temporale dettata dall'art. 2744 c.c., secondo la quale il trasferimento della proprietà era cronologicamente conseguente all'inadempimento dell'obbligazione. Di contro, nella concezione funzionale, anche nel caso in cui il trasferimento della proprietà non è cronologicamente successivo all'inadempimento, ciò che rileva è che il trasferimento della proprietà sia legato in qualunque modo ad un precedente rapporto obbligatorio e pertanto spiegabile con il mancato adempimento dell'obbligazione.

L'argomento centrale della concezione funzionale è rappresentato dall'analogia delle due alienazioni sin qui descritte. Nel concreto, nei trasferimenti sospensivamente condizionati all'inadempimento dell'obbligazione consegue il trasferimento della proprietà; allo stesso modo, nelle alienazioni sospensivamente condizionate, pur avvenendo un trasferimento immediato della proprietà, ci troviamo di fronte ad un trasferimento puramente provvisorio e cau-

¹³⁵ Sul punto, *cf.* Cass. 14 aprile 1953, n. 642, in *Foro. It.*, 1981 I, 1627; Cass., 11 marzo 1953, n. 696, in *Giust. Civ.*, 1954 I, 1, 1958, Cass. 10 febbraio 1961, n. 288, in *Foro. it.*, 1961, I, 115.

¹³⁶ La sentenza è consultabile in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648.

¹³⁷ In argomento, v. G. Amato, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899; G. Azzariti, *Principi innovativi sul patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della Cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117; M. Danusso, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1648; M. Rosnati, *Alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 97; F. Relamonte, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, 16.

relare che diventerà definitivo solo dopo l'inadempimento.

Le due operazioni in esame, dunque, sono pressoché identiche: nel primo caso, il trasferimento avviene in virtù dell'inadempimento dell'obbligazione, nel secondo il trasferimento diventa definitivo al verificarsi di quel momento. Da ciò ne consegue che due operazioni identiche non possono avere una differente regolamentazione e, pertanto, dovranno entrambe rientrare nella previsione di cui all'art. 2744 c.c..

Oltre alla medesima disciplina, occorre rilevare che ricorre anche nei trasferimenti risolutivamente condizionati la pressione morale nei confronti del debitore, il quale versa sempre in una situazione di debolezza anche se il trasferimento della proprietà, pur se immediato, è risolutivamente condizionato¹³⁸.

Con la suesposta argomentazione vengono superate tutte le ragioni che, secondo il precedente orientamento giurisprudenziale, esulavano le alienazioni risolutivamente condizionate dalle pattuizioni commissorie. Ed infatti, ad avviso dell'orientamento ormai superato, mentre nell'ipotesi di trasferimento risolutivamente condizionato dal punto di vista risolutivo il debitore, perdendo immediatamente la proprietà del bene, aveva la possibilità di rendersi conto della sproporzione della pattuizione e contestualmente dell'effetto negativo della stessa, nelle alienazioni sospensivamente condizionate, invece, il debitore, mantenendo la proprietà del bene, non comprendeva il rischio della possibile privazione del bene.

Successivamente alla sentenza del 1983, tuttavia, alcune pronunce si sono discostate dalla decisione in commento. Invero, a causa delle incertezze concernenti la simulazione, alcune pronunce erano ritornate all'orientamento precedente, argomentando a favore di un'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., in base alla quale i trasferimenti immediati non potevano ricomprendersi nell'ambito applicativo della disposizione¹³⁹. Per contro, devono segnalarsi altre decisioni che hanno valorizzato nuovamente il criterio funzionale. In particolare, ad avviso di una parte della giurisprudenza di legittimità non avrebbe rilevanza, per l'applicabilità del divieto del patto commissorio, il fatto che la

¹³⁸ Sul punto si segnalano: Cass., 3 novembre 1984, n. 5569, in *Riv. it. leasing*, 1985, 469; Cass., 3 novembre 1984, n. 5570, in *Giur. it. Mas.*, 1984; Cass., 5 agosto 1985, n. 4387, *ivi*, 1985; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7260, in *Riv. it. leasing*, 1987, 711.

¹³⁹ In tal senso *cf.* Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Riv. it. leasing*, 1986, 665; *Corr. giur.*, 1987, 287; *Foro it.*, 1987, I, c. 799; Cass., 8 maggio 1984, n. 2795 e Cass., 22 gennaio 1985, n. 242, in *Riv. notar.*, 1985, II, 1352.

definitiva attribuzione della proprietà al mutuante si realizzi con il consolidamento irreversibile degli effetti traslativi già soltanto in via provvisoria anticipati o con l'irrevocabile prodursi di tali effetti ¹⁴⁰.

Nonostante alcune oscillazioni, l'orientamento giurisprudenziale apertosi con il *revirement* del 1983 si è consolidato definitivamente a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1989, che con due pronunce pressoché contemporanee hanno superato i contrasti di vedute che si erano registrati tra le diverse Sezioni ¹⁴¹.

In entrambe le decisioni, le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi sulla liceità di un contratto di vendita con patto di riscatto sotteso ad un'operazione di finanziamento. A tal riguardo, la Corte, premesso che il divieto del patto commissorio svolge la duplice funzione di tutela sia del debitore nei confronti di un possibile approfittamento da parte del creditore, sia degli altri creditori dell'alienante impedendo che vengano pregiudicate le loro ragioni, e che l'art. 2744 c.c. non può essere interpretato letteralmente, ha affermato l'irrelevanza della struttura delle alienazioni in garanzia, sia sospensivamente o risolutivamente condizionate, essendo sempre applicabile il divieto di cui all'art. 2744 c.c. ¹⁴². Ne deriva che la previsione di cui all'art. 2744 c.c. non vieterebbe semplicemente una determinata tipologia negoziale, formalmente corrispondente allo schema negoziale ivi contenuto, ma perseguirebbe il fine di interdire e sanzionare il raggiungimento di un determinato risultato economico vietato dall'ordinamento. Nello specifico, le Sezioni Unite, ribadendo quanto

¹⁴⁰ Sul punto *cf.* Cass., 18 maggio 1988, n. 3462, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 283, con nota di commento di M. Bussani. Si vedano anche Cass., 16 aprile 1987, n. 3784 in *Riv. it. leasing*, 1987, 711; Cass., 11 gennaio 1988, n. 46, in *Foro it.*, 1988, I, c. 387; in *Riv. it. leasing*, 1, 1989, 183.

¹⁴¹ *Cfr.* Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611 (in *Corr. Giur.* 1989, 522; *Foro it.* 1989, I, c. 1428; *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 357; *Riv. notar.*, 1989, 890), e Cass. S.U., 21 aprile 1989, n. 1907 (in *Foro it.*, 1990, I, c. 205).

¹⁴² Al riguardo *cf.* M. Bussani, *Coesistenza di vendita e mutuo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 285; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348; M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, cit., 1824; M. G. Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 615 ss.; A. Lumino-so, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428; G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 205.

già affermato con la decisione del 1983, secondo cui la sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'importo del credito assume scarso rilievo in quanto il divieto prescinde da tale considerazione, chiariscono che *“la garanzia [...] lungi dall'essere un motivo della parte, assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obiettive giustificazioni nel fine della garanzia, causa, peraltro, inconciliabile con quella della vendita, posto che il versamento di denaro non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo il trasferimento del bene non integra l'attribuzione del compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria [...] manca quindi la funzione di scambio tipica della compravendita”*. Inoltre, continua la Corte *“la provvisorietà costituisce un elemento rilevatore della causa di garanzia e quindi della divergenza tra la causa tipica del negozio prescelto e la determinazione causale delle parti, indirizzata alla elusione di un norma imperativa, qual è l'art. 2744 c.c.”*¹⁴³.

Sulla base di tali argomentazioni, quindi, viene chiarito che lo stesso risultato realizzato da una garanzia reale atipica in cui viene apposto una pattuizione commissoria può essere raggiunto attraverso una vendita ad effetti traslativi immediati, nel caso in cui venga previsto un potere di riscatto o un qualunque meccanismo di retrocessione del bene, in quanto l'attribuzione della proprietà del bene acquista un carattere provvisorio dipendente dalle sorti dell'obbligazione garantita. Le parti, infatti, per conseguire un risultato vietato dalla legge mediante uno schema negoziale astrattamente lecito, pongono in essere una causa illecita che inevitabilmente ricade sotto la previsione di cui all'art. 2744 c.c.. Pertanto, *“la vendita sottoposta, in sé lecita e non puramente formale, costituisce un negozio di mezzo, perché tende ad eludere il contenuto di un norma ed assumere la figura di contratto in frode alla legge, con ogni relativa conseguenza”*. La Corte, dunque, ravvisa la nullità dell'intero contratto per illiceità della causa, ma non *ex art. 1343 c.c.*, poiché contrario alla legge (*contra legem*); bensì *ex art. 1344 c.c.* (*in fraudem legis*), avendo le parti posto in essere un negozio astrattamente lecito allo scopo di conseguire un fine illecito, per cui la legge non è violata direttamente ma indirettamente, mediante una sorta di manovra di aggiramento.

Le successive sentenze della Suprema Corte hanno mantenuto i principi af-

¹⁴³ Cfr. Cass. S.U., 3 aprile 1989, n. 1611.

fermati dalle Sezioni Unite in commento ¹⁴⁴. A tal proposito, si segnalano due recenti pronunce del 2010 ¹⁴⁵ e del 2011 ¹⁴⁶ che, a vent'anni di distanza dalle pronunce sopra riferite, hanno riconosciuto, ai fini di un'individuazione del patto commissorio in un'operazione negoziale, la rilevanza dello snaturamento della causa tipica del negozio di scambio, piegata all'interesse del creditore di costituire una garanzia reale diretta, autonoma ed atipica sul bene del debitore ¹⁴⁷.

8. – La chiusura della giurisprudenza verso le alienazioni in garanzia non ha precluso di considerare, all'interno del panorama dei trasferimenti sin qui delineato, come ammissibile nel nostro ordinamento il c.d. patto marciano ¹⁴⁸. Con tale nozione viene tradizionalmente indicata quella determinata convenzione attraverso la quale i contraenti stabiliscono che, a seguito dell'inadempimento del debitore, la proprietà del bene passi al creditore previa stima del valore dello stesso da parte di un terzo e con la consegna della differenza tra l'importo del debito ed il valore del bene (*rem iusto pretio tunc aestimandam*).

¹⁴⁴ Cfr. Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 136; in *Giust. civ.*, 1992, I, 3167; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878, in *Contratti*, 1995, 271; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; in *Notariato*, 1995, 225; in *Riv. notar.*, 1995, II, 1004; Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in *Corr. giur.*, 1995, 60, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10648, in *Massim. Cass. Civ.*, 1994; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. it. Mass.*, 1996; Cass., 4 novembre 1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, 1013 ss., con nota di P. De Martinis; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. notar.*, 1998, 299 ss., con nota di V. Gammone; in *Notariato*, 1998, 142 ss., con nota di A. De Rosa; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1396, in *Riv. notar.*, 1998, 745 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in *CED Cassazione*, 2010.

¹⁴⁶ Cfr. Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1449 ss.

¹⁴⁷ Cfr. C. Agabiti, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 140 ss.

¹⁴⁸ Ritengono lecito il patto marciano: C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., 202 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505; F. Anelli, *L'alienazione in garanzia*, cit., 469; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 71 ss.; E. Marrocco, *Note sul patto Marciano*, in *Nuovo dir.*, 1989, 977 ss.; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissori*, cit., 287 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 95 ss. Contrari invece all'ammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento sono: G.F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 29 ss.; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740–2744*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, 206 ss.; E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1108 ss.

La stima deve, peraltro, essere successiva all'inadempimento¹⁴⁹. In tal modo – è stato evidenziato – si evitano le sopraffazioni operate dal creditore nei confronti del debitore che caratterizzano invece il patto commissorio¹⁵⁰. Ove, invece, la stima avvenisse in un momento antecedente all'inadempimento, potrebbe non essere in grado di prevenire una sopravvenuta sproporzione tra credito garantito e bene alienato in garanzia, vanificando, così, la funzione del patto marciano¹⁵¹.

Per la validità del patto in esame occorre, inoltre, che la stima del bene venga effettuata da un terzo, designato dalle parti di comune accordo o secondo un criterio precedentemente stabilito, sulla base di parametri che non siano assoggettati ad alcun vincolo di previsione, restando fermo il diritto per le parti di impugnare la scelta del terzo¹⁵². L'inidoneità del patto marciano a consentire un approfittamento della posizione debitoria da parte del creditore viene considerata la ragione principale per la quale il patto marciano deve essere considerato lecito nel nostro ordinamento¹⁵³. Ed infatti, la pattuizione in esame si differenzia dal patto commissorio per il fatto che al momento dell'inadempimento, un terzo designato di comune accordo dalle parti o dal Presidente del Tribunale, procede alla stima del valore del bene al fine di verificare l'effettiva corrispondenza all'importo del credito. Nel patto marciano, dunque, non sussiste il rischio per il debitore di essere esposto ad una pattuizione particolarmente sfavorevole, in quanto nell'ipotesi in cui il bene avesse un valore superiore al credito erogato il creditore sarebbe tenuto a versare la differenza.

Oltre alle superiori considerazioni, altra parte della dottrina ha individuato il fondamento della liceità del patto marciano nel fatto che, mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa assurge a contenuto tipico del contratto andando ad integrare un vero diritto del debitore alla restituzione dell'ecce-

¹⁴⁹ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 658.

¹⁵⁰ G. Adilardi, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1456 s.

¹⁵¹ In questo senso v., tra gli altri, S. Barbara, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 6/2012, 717 ss., spec. 726.

¹⁵² E. Marrocco, *Note sul patto Marciano*, cit., 978.

¹⁵³ C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 71 ss; U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505.

denza¹⁵⁴. La tesi in esame individua, infatti, nella corrispettività fra l'ammontare del credito ed il valore del bene oggetto della pattuizione un elemento peculiare e causale della fattispecie, idoneo a non integrare la fattispecie di cui all'art. 2744 c.c. Tale assunto è stato seguito altresì dalla giurisprudenza, avuto riguardo, in particolare, alla mancata predeterminazione del prezzo dell'alienazione in funzione dell'importo del credito, nonché alla possibilità di controllarne l'equilibrio tra le prestazioni grazie all'obbligo di restituzione dell'esubero al debitore¹⁵⁵. In realtà, anche in questo caso le ragioni per le quali il patto marciano si differenzia dal divieto di cui all'art. 2744 c.c. si rinvergono sempre nella tutela accordata al contraente debole, posta in essere nel patto in esame, da un lato, mediante la stima del valore affidata ad un terzo, solo in un momento successivo all'inadempimento, dall'altro, attraverso l'obbligo per il creditore di versare la differenza di prezzo calcolata sulla base del valore del bene ed il credito insoluto¹⁵⁶.

Un'ulteriore teoria concernente la validità del patto marciano invoca l'applicazione analogica dell'art. 1851 c.c.¹⁵⁷, a tenore del quale il legislatore ha tipizzato il pegno irregolare a garanzia di anticipazione, sul presupposto che le due figure perseguono la medesima finalità¹⁵⁸. Questa teoria, tuttavia, non spiega la ragione per la quale la legge attribuisca tale facoltà in capo al creditore nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale, pur realizzandosi il medesimo risultato vietato dalla legge. Si tenga presente che le disposizioni afferenti al divieto di patto commissorio affermano un principio generale

¹⁵⁴ C.M. Bianca, *Il divieto*, cit., 202.

¹⁵⁵ A tal riguardo *cf.* Cass. Napoli, 9 gennaio 1904, in *Foro it.*, 1904, I, c. 342; Cass. Palermo, 12 febbraio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, c. 412; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, c. 11 con nota adesiva di M. Elia; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it. Mass.*, 1956, 518; App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. mer.*, 1975, I, 424.

¹⁵⁶ N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, cit., 95 ss; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; V. Lojaco, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 71.

¹⁵⁷ L'art. 1851 c.c. derubricato "Pegno irregolare a garanzia di anticipazione" dispone letteralmente che: "Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti".

¹⁵⁸ G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, cit., 56 ss.

dell'ordinamento e quindi applicabile ad ogni fattispecie riconducibile ad una situazione analoga; l'art 1851 c.c., viceversa, deve essere considerato norma eccezionale e pertanto non suscettibile di applicazione analogica. Non v'è dubbio, comunque, che la validità del patto marciano non possa prescindere dal fondamento del divieto del patto commissorio¹⁵⁹.

In senso opposto alle teorie che ammettono la validità del patto marciano, alcune tesi ne hanno sostenuto l'invalidità, ponendo come punto di inizio della questione proprio il fondamento del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Una prima tesi ha affrontato la questione in termini causali. In particolare, individuata la *ratio* del divieto di patto commissorio nell'impossibilità di disporre in funzione di garanzia, dovendo la garanzia rispondere all'interesse creditorio all'adempimento e non all'interesse creditorio all'appropriazione, la predetta teoria ha dedotto l'invalidità del patto marciano, atteso che l'equità dei valori non può rimediare all'inidoneità causale di un negozio di garanzia attributivo della proprietà¹⁶⁰. Lo squilibrio tra le prestazioni, infatti, è un elemento sintomatico dell'approfittamento, ma non è l'elemento costitutivo della fattispecie commissoria. Quest'ultima, semmai, deve essere integrata da ogni operazione, semplice o complessa, il cui risultato finale sia l'assoggettamento esecutivo del debitore tramite compressione della libertà negoziale, a prescindere dal rapporto tra valore del bene ed ammontare del debito.

Un'altra tesi, invece, che ravvisa il fondamento del divieto del patto commissorio nella *par condicio creditorum*, sostiene che il patto marciano, vincolando il bene al soddisfacimento del creditore stipulante, lo sottrae all'aggressione degli altri creditori; per di più, mantenendo il privilegiato la garanzia patrimoniale ordinaria per l'eventuale residuo, sarebbe illecito in quanto andrebbe ulteriormente a ledere il principio di eguaglianza dei creditori¹⁶¹.

Altra teoria, infine, pone l'accento sulla libertà morale del debitore. Individuato il fondamento del divieto di cui all'art. 2744 c.c. nella presunzione assoluta di *debitoris suffocatio*, basata sulla artificiosità di un'appropriazione che sfrutta il bisogno qualificato del debitore e la sua illusione di conservare o riprendere la proprietà del bene, sottolinea che la clausola di stima, incidendo

¹⁵⁹ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissori*, cit., 292.

¹⁶⁰ G. F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, cit., 48.

¹⁶¹ L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, cit., 319.

unicamente sull'aspetto patrimoniale del negozio, non è sufficiente ad escludere *a priori* l'equivalenza al risultato coercitivo ed insidioso del patto commissorio; sicché, anche il patto marciano, come ogni alienazione condizionata all'inadempimento, può consumare la frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.¹⁶². Sotto questo profilo, significativa appare la recente pronuncia¹⁶³ della Corte di Cassazione, secondo cui il «*principale elemento sintomatico della frode è costituito dalla sproporzione tra l'entità del debito e il valore dato in garanzia, in quanto il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'id quod plerumque accidit, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi [...] l'illiceità della causa è esclusa*». In tal modo, la Corte sembra sostenere che il divieto del patto commissorio non attinge il patto marciano, giacché, in quest'ultimo, il trasferimento della proprietà della cosa offerta in garanzia al creditore non si verifica se non a prezzo equo, sulla base di una stima imparziale, posteriore all'inadempimento, con eventuale versamento di conguaglio. In sostanza, nella decisione in commento, la nullità del patto commissorio viene fondata su una *ratio* esclusivamente patrimoniale, concernente la sproporzione tra il valore del bene in garanzia e l'entità del credito garantito. Seppur affascinante, tale impostazione rischia di vanificare il divieto del patto commissorio attraverso una impropria *reductio ad aequitatem*. Per cui, è stato giustamente affermato che l'istituto può essere investito di una rinnovata funzione, quale presidio dei valori costituzionali di solidarietà nelle relazioni obbligatorie e dignità nei rapporti economici¹⁶⁴. In ogni caso, la sentenza ingenera la sensazione che quel disagio verso la perentorietà della sanzione della nullità che la dottrina avverte sin dagli anni Novanta del secolo scorso cominci a trovare un riscontro anche da parte della giurisprudenza, che cerca percorsi per attenuare l'operatività dell'art. 2744 c.c., almeno nelle ipotesi in cui, in concreto, non si producono sperequazioni¹⁶⁵.

9. – Come si è anticipato in esordio, il d.l. 3 maggio 2016 n. 59 ha appor-

¹⁶² E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, cit., 1112.

¹⁶³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986.

¹⁶⁴ Il rilievo è di E. Carbone, *Patto commissorio e patto marciano*, in *Treccani.it*

¹⁶⁵ L'osservazione è di N. Cipriani, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *Giustiziacivile.com*; v. pure A. Cilento, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca borsa*, 2013, II, 213 ss.

tato novità di rilievo in materia di garanzie reali del credito, al fine di apprestare una maggiore protezione nei confronti del creditore. La reale portata innovativa della riforma in commento consiste nell'aver introdotto uno schema di portata generalizzata di autotutela esecutiva ad opera dello stesso creditore per la realizzazione del valore del bene oggetto della garanzia. Si tratta di una procedura rapida per incentivare gli istituti di credito a concedere finanziamenti in favore di imprenditori iscritti nel registro delle imprese. Nello specifico, il primo comma dell'art. 1 d.l. n. 59/2016 prevede che: *“Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti loro concessi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito inerenti all'esercizio dell'impresa”*.

Come si nota, i crediti che possono beneficiare di tale garanzia richiedono un presupposto soggettivo, poiché il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese, ed un presupposto oggettivo, dovendo essere afferenti all'esercizio dell'impresa. Onde, non può trattarsi di crediti personali dell'imprenditore o di una diversa impresa. Nell'eventualità, è da ritenere che l'estraneità del credito garantito comporti la nullità della garanzia medesima.

Caratteristica essenziale della tipologia di pegno in esame è la mancanza di spossessamento, che costituisce nell'ambito della figura generale del pegno il requisito di immediatezza della garanzia, poiché indica la diretta soggezione del bene al potere esecutivo del creditore pignoratizio, il quale lo esercita senza il tramite della prestazione del proprietario¹⁶⁶. Per converso, nel pegno non possessorio, la *ratio* del mancato spossessamento risiede nella necessità di mantenere la destinazione dei beni strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale. In altri termini, il bene oggetto della garanzia continua ad essere destinato all'esercizio dell'impresa, nonostante la costituzione del pegno, con conseguente esclusione dello spossessamento a scapito del debitore-imprenditore.

Per la verità, non mancano nel nostro ordinamento archetipi di contratti di pegno senza spossessamento¹⁶⁷, come l'ipotesi del pegno di prosciutti *ex art. 1* della legge n. 401/1985, in cui l'imprenditore mantiene la disponibilità delle cosce fresche di maiale, con la possibilità per il creditore pignoratizio di poter

¹⁶⁶ Sui caratteri specifici del pegno v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 145 ss., spec. 149.

¹⁶⁷ Già nel diritto romano si ammetteva la costituzione del pegno senza spossessamento del debitore (*pignus conventum*).

apporte, in qualunque fase della lavorazione, di un contrassegno indelebile, in modo da rendere conoscibile ai terzi la garanzia ¹⁶⁸, ferma restando l'annotazione del vincolo su appositi registri vidimati annualmente. Parimenti, è da ricordare il pegno sui prodotti lattiero-caseari ex art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 122. Con riguardo al pegno di crediti, va rilevato che esso non comporta il trasferimento del credito al creditore pignoratorio: il credito resta nella titolarità del concedente, mentre il creditore pignoratorio ha un diritto proprio al suo esercizio e una corrispondente legittimazione esclusiva ¹⁶⁹. In argomento, merita una breve rassegna il pegno di azienda, che ricade sulle componenti mobiliari di quest'ultima, in forza del quale si ha lo spossessamento del debitore ad opera del creditore o di un terzo nominato custode di beni strumentali per l'esercizio dell'impresa. Di contro, appare preferibile la soluzione prescelta dal legislatore francese, già nel 1909, che contempla la figura del pegno delle aziende commerciali e artigianali, senza spossessamento dell'imprenditore. Coerentemente, è da apprezzare il cambiamento di strategia adottato di recente dal nostro legislatore, il quale ammette la pignorabilità di beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, ad eccezione dei beni mobili registrati (che rimangono soggetti ad ipoteca), ma senza spossessamento, così da mantenerne la destinazione d'uso (arg. ex art. 1, comma 2, d.l. n. 59/2016).

Oltre ad essere caratterizzato per l'inerenza dei beni mobili oggetto di garanzia all'attività d'impresa, il pegno non possessorio può avere ad oggetto anche beni futuri. In dottrina, viene discussa la possibilità di costituire un pegno su cosa futura. Secondo una corrente di pensiero il contratto avrebbe carattere preliminare e dovrebbe essere seguito da un contratto definitivo da concludersi al momento in cui la cosa viene ad esistenza e può essere quindi consegnata. Altra dottrina ritiene, invece, che si tratti di un contratto *ab origine* definitivo, sicché la consegna potrebbe risultare simbolica ovvero riguardare la cosa-madre produttiva; come nel caso del pegno sui frutti con consegna iniziale delle piante. Ancora, un'ulteriore ipotesi ricostruttiva (preferibile) è quella proposta da una dottrina autorevole secondo cui il pegno non possessorio individua

¹⁶⁸ Va avvertito che nello spossessamento del debitore si è voluto vedere una sorta di pubblicità del pegno, diretta a rendere nota ai terzi l'esistenza del vincolo. Così, C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 194; in argomento, v. pure F. Dell'Anna Misurale, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, 58, che ravvisa nello spossessamento del debitore un «meccanismo a valenza signalativa».

¹⁶⁹ Cfr., sul punto, P. Di Pace, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, 111, 141.

una fattispecie a formazione progressiva, il cui perfezionamento va legato alla consegna della cosa, una volta venuta ad esistenza, sulla base dell'accordo già raggiunto con la conclusione del contratto, il quale produce effetti meramente obbligatori. Con riferimento all'opponibilità del diritto di garanzia ai terzi, occorre prestare attenzione alla regola di cui all'art. 1787 cod. civ., al pari della scrittura di data certa che deve accompagnare la successiva consegna, specie sul fronte fallimentare¹⁷⁰.

Orbene, la peculiarità del pegno non possessorio di cosa futura è rappresentata dalla circostanza che tale garanzia richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, l'iscrizione nel registro dei beni possessori, anche ai fini dell'opponibilità ai terzi, che eventualmente vantino garanzie sullo stesso bene. Nell'ipotesi di sentenza dichiarativa di fallimento può assumere, peraltro, in rilievo il possibile esercizio delle azioni revocatorie ex artt. 66 e 67 l.f., evocate nell'ultimo comma dell'art. 1 del d.l. n. 59/2016.

Le considerazioni svolte appaiono riproducibili in relazione all'ipotesi in cui il pegno non possessorio ha ad oggetto beni determinabili «*anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo*». In tal caso, la fattispecie a formazione progressiva (che si avrebbe, altresì, nell'ipotesi di pegno di cosa indivisa) si perfeziona al momento della determinazione (o della divisione) del bene¹⁷¹.

La disciplina prevede inoltre che, in mancanza di espressa previsione contrattuale, il debitore o il terzo concedente il pegno possano trasformare o alienare, nel rispetto della specifica destinazione economica, i beni oggetto della garanzia o, comunque, disporre¹⁷². Nell'eventualità, il pegno ricadrà, rispettivamente, sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corrispettivo della cessione del bene gravato o sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti la costituzione di una nuova garanzia. In sostanza, è ammessa la c.d. rotatività dei beni oggetto di pegno, secondo un modello già adottato in materia di strumenti finanziari (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 170/2004; art. 34, comma 2, d.lgs. n. 213/1998 e art. 87, comma 1, d.lgs. n.

¹⁷⁰ In tal senso, vedasi F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 667.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² L'ultima parte della nuova formulazione del comma 2 fa salva, però, la possibilità, in capo al creditore, di promuovere azioni conservative o inibitorie, nelle ipotesi di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore e del terzo concedente il pegno.

58/1998) e avallato, recentemente, anche dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷³. Beninteso, la peculiare rotatività del pegno non possessorio di cui all'art. 1 del d.l. n. 59/2016 è riconducibile all'intrinseco dinamismo dell'attività d'impresa, nel cui contesto di svolgimento sono funzionalmente collocati i beni oggetto di garanzia.

Quanto alla costituzione della garanzia, il terzo comma dell'art. 1 succitato prevede che il contratto debba risultare da atto scritto, contenente le indicazioni del creditore, del debitore o dell'eventuale terzo concedente il pegno, la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e l'indicazione dell'importo massimo garantito. Si tratta, evidentemente, di una forma *ad substantiam*, con conseguente nullità dell'atto in difetto del requisito anzidetto e delle indicazioni richieste.

La fattispecie negoziale, peraltro, non presenta il carattere reale del pegno ordinario, bensì consensuale. Non è tuttavia sufficiente il mero accordo scritto fra creditore e debitore (o terzo datore), necessitando altresì una formalità pubblicitaria di natura costitutiva, come emerge dal tenore letterale del quarto comma della disposizione in commento, secondo cui «*il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato registro dei pegni non possessori*». Ne deriva una duplice formalità sostanziale per la costituzione della garanzia in esame.

Lo stesso comma 4 stabilisce, poi, che dalla data dell'iscrizione il pegno prende il grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure concorsuali, regolamentando così la priorità di soddisfazione sul ricavato della vendita del bene. Un'eccezione è individuata – dal successivo quinto comma – in favore di chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva di proprietà o da un pegno anche non possessorio, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità al comma 6 e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente.

L'iscrizione nel registro informatizzato dell'Agenzia delle entrate ha una durata di dieci anni e può essere rinnovata mediante un'iscrizione nel medesimo registro prima della scadenza del termine indicato. La cancellazione dell'iscrizione avviene per effetto dell'accordo dalle parti oppure può essere domandata in via giudiziale.

¹⁷³ Cfr. Cass., sez. I, 1 luglio 2015, n. 13508, in www.neldiritto.it

La disciplina demanda, invece, ad un decreto interministeriale – emesso di concerto dal Ministro dell'economia e delle finanze con il Ministro della giustizia – le operazioni d'iscrizione, consultazione, modifica, rinnovo o cancellazione presso il suddetto registro, nonché gli obblighi a carico di chi effettua tali operazioni e le modalità di accesso al registro stesso.

Il settimo comma dell'art. 1, d.l. n. 59/2016, prevede le modalità di escussione del pegno, imponendo un preventivo avviso scritto al datore della garanzia¹⁷⁴ e agli eventuali titolari di un pegno non possessorio iscritto successivamente. Nello specifico, il creditore può procedere: alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, restituendo contestualmente l'eccedenza; alla escussione dei crediti oggetto di pegno fino alla concorrenza della somma garantita; alla locazione del bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita. In quest'ultima ipotesi, è chiaro che il contratto dovrà prevedere i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione. Analogamente, è prevista la facoltà per il creditore di appropriarsi dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, ove siano stabiliti anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto del pegno e dell'obbligazione garantita¹⁷⁵. È interessante notare come il legislatore abbia espressamente previsto, al comma 9 dell'art. 1, d.l. n. 59/2016, una tutela di tipo risarcitorio in presenza della violazione delle modalità stabilite per l'escussione del pegno e la vendita del bene ad un prezzo non corrispondente a quello di mercato.

Infine, in caso di fallimento del debitore, il creditore può procedere a norma del comma 7 alla vendita della cosa oggetto di pegno solo su autorizzazione del giudice delegato, dopo che il suo credito sia stato ammesso al passivo con prelazione; ovvero optare anche per mantenere la *res* nell'ambito della li-

¹⁷⁴ È stato inserito il diritto, in capo al debitore, nonché all'eventuale terzo concedente il pegno, di proporre opposizione nel termine di cinque giorni decorrenti dall'intimazione e, qualora concorrano gravi motivi, il giudice, dietro specifica istanza dell'opponente, può inibire alla parte creditrice di procedere, mediante provvedimento d'urgenza.

¹⁷⁵ In conformità al nuovo comma 7-quater, nelle ipotesi ove il bene, ovvero il credito, già oggetto del pegno iscritto, venga sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, il giudice dell'esecuzione, dietro istanza della parte creditrice, lo autorizza all'escussione del pegno, stabilendo con proprio decreto tempistiche e modalità di escussione, secondo la normativa. L'eventuale eccedenza verrà corrisposta, poi, in favore della procedura esecutiva, con salvezza dei crediti facenti capo agli aventi diritto a prelazione, anteriore rispetto a quella del creditore istante.

quidazione fallimentare ad opera del curatore. Da quanto detto si ricava che l'autotutela esecutiva del creditore è piena, a differenza di quanto avviene nell'ambito dell'art. 53 l.f., essendo necessario solo il passaggio prodromico dell'accertamento del credito in sede di formazione dello stato passivo.

Passando alla disamina del secondo istituto menzionato nell'*incipit* del presente paragrafo, il d.l. n. 59/2016 (cosiddetto "decreto salva banche") ha codificato una particolare forma di patto marciano. Nello specifico, l'art. 2 del provvedimento legislativo in rassegna prevede che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore ed una banca (od altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico) possa essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di altro soggetto a questi collegato, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del mutuatario. Ciò significa che la banca, in caso di inadempimento del debitore¹⁷⁶, può attivare la procedura per rivalersi sul diritto immobiliare posto a garanzia, notificando la volontà al debitore o al titolare del diritto reale di avvalersi degli effetti del patto di trasferimento, chiedendo al presidente del tribunale del luogo dove si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima del diritto immobiliare reale oggetto del patto. Occorre precisare, peraltro, che il trasferimento può avvenire anche quando il diritto reale sia sottoposto ad esecuzione forzata per espropriazione, atteso che, ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia è equiparato all'ipoteca. Quindi, la banca può direttamente vendere l'immobile ad essa trasferito, al fine di compensare il proprio credito, senza doversi dar luogo ad una procedura esecutiva giudiziale; purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento (arg. ex art. 2, comma 2, d.l. n. 59/2016). Qualora il debitore contesti la stima, il creditore ha comunque diritto di avvalersi degli effetti del patto, con la sola conseguenza che l'eventuale fondatezza della contestazione sollevata dal debitore o dal titolare del diritto reale immobiliare inciderà sulla differenza che il

¹⁷⁶Chiarisce l'art. 2, comma 5, d.l. n. 59/2016 che «*si ha inadempimento quando il mancato pagamento si protrae per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso di obbligo di rimborso a rate mensili; o per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; ovvero, per oltre sei mesi, quando non è prevista la restituzione mediante pagamenti da effettuarsi in via rateale, dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento*».

creditore dovrà versare.

Il bene oggetto della garanzia può essere di qualsiasi natura (terreno, fabbricato strumentale, fabbricato abitativo), con l'unica eccezione che non può trattarsi dell'abitazione principale del datore di ipoteca, del suo coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Anche in questa fattispecie, il bene oggetto di garanzia rimane nella sfera giuridica dell'imprenditore, ma ne viene previsto il passaggio di proprietà alla banca, qualora egli non rimborsi il finanziamento. È ben chiaro, inoltre, che, trascrivendo nei registri immobiliari il trasferimento sotto condizione sospensiva, si impedisce la pubblicazione sul bene di altre formalità pregiudizievoli per la banca mutuante, in quanto, se la condizione di inadempimento si verifica, il passaggio di proprietà alla banca del bene oggetto di garanzia è da intendersi avvenuto nel momento stesso in cui il patto marciano è stato originariamente trascritto, e ciò per effetto del tipico meccanismo retroattivo connesso alla verifica della condizione sospensiva.

Sotto un profilo procedimentale, verificatosi l'inadempimento, la banca creditrice deve notificare all'impresa finanziata una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà. Decorsi sessanta giorni, il creditore chiederà al presidente del tribunale la nomina di un perito per stimare l'immobile e comunicarne il valore agli interessati¹⁷⁷.

La normativa, peraltro, non si applica soltanto ai contratti conclusi successivamente alla sua entrata in vigore, ma anche a quelli in corso, per i quali questa nuova modalità di garanzia venga esplicitamente pattuita per atto notarile. In questo caso, si avrà una rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

Da ultimo, si rileva che la nuova legge stabilisce che il patto di trasferimento sospensivamente condizionato prevale sulle formalità trascritte o iscritte nei registri immobiliari successivamente all'iscrizione dell'originaria ipoteca, come se il primo fosse stato trascritto con l'originaria ipoteca e andasse, di fatto, a sostituirla.

¹⁷⁷ Il perito, entro sessanta giorni decorrenti dalla nomina, deve comunicare, mediante posta elettronica certificata, la propria relazione giurata di stima sia al debitore che, qualora non coincidano, al titolare del diritto reale immobiliare, al creditore, a coloro che vantano diritti scaturiti da un titolo iscritto o trascritto sull'immobile. Detti soggetti, nel termine di dieci giorni dalla ricezione della suddetta relazione, possono replicare alla stessa attraverso note, alle quali il perito, entro i successivi dieci giorni, è tenuto a sua volta a fornire gli eventuali chiarimenti.

10. – Esaminate *supra* le alienazioni in funzione di garanzia, occorre ora spostato il centro dell'indagine su alcune fattispecie considerate lecite nel nostro ordinamento.

Una di queste figure, che è stata altresì positivizzata dal legislatore nell'art. 1500 del codice civile, è la vendita con patto di riscatto¹⁷⁸. Tale convenzione consente al proprietario che versi in uno stato di indigenza l'alienazione di un bene con la previsione contestuale della possibilità di riscattare, entro un termine convenzionalmente o legalmente stabilito, la titolarità della cosa alienata, restituendo la somma ricevuta e rimborsando le spese che ha sostenuto l'altra parte¹⁷⁹.

A tal proposito, è utile chiarire le ragioni che hanno spinto il legislatore a ritenere lecita tale figura distinguendola dal divieto del patto commissorio.

Secondo una prima opinione il diverso trattamento riservato al patto in esame risiede nell'esigenza generale di impedire la diffusione di una pattuizione tendenzialmente abusiva a convezione di stile nei rapporti di garanzia¹⁸⁰. Ma, tale affermazione – che attribuisce alla vendita con patto di riscatto una possibile funzione di garanzia, giungendo financo a ravvisare nella figura in esame addirittura il prototipo delle alienazioni *cavendi causa*¹⁸¹ – non appare persuasiva, atteso che i limiti entro cui è possibile stipulare una vendita con patto di riscatto vanno tratti dal diritto positivo attraverso una interpretazione che tenga fra l'altro conto anche dei divieti ricavabili dagli artt. 2741 e 2744 c.c. Nello specifico, se si considera che il concetto tecnico di garanzia presupp-

¹⁷⁸ Per vero, la liceità della figura della vendita con patto di riscatto risale al riconoscimento operato già dal diritto canonico basato sulla funzione di scambio e su ragioni pratiche.

¹⁷⁹ In argomento *cf.* A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 156; C. M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, 1239 ss; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, cit., 1118 ss; G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, cit., 156; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 348; G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, in *Quadrim.*, 1984, 347 ss; F. Realmondo, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, 1440 ss; E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, cit., 97.

¹⁸⁰ C. M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, cit., 1242.

¹⁸¹ *Cfr.*, in tal senso, da ultimo, O.T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, spec. 24 ss.

pone la preesistenza di un rapporto obbligatorio garantito, non si potrebbe affermare che la vendita con patto di riscatto assuma necessariamente siffatta funzione¹⁸². Ed invero, tale operazione potrebbe astrattamente assumere questa funzione solo a condizione che il rapporto obbligatorio preesista alla vendita stessa e questa, accompagnata dalla clausola di riscatto, sia effettuata prima della scadenza del debito. Nella prassi negoziale, però, non accade quasi mai che il debitore acconsenta a fornire (soprattutto in pendenza del termine dell'adempimento) una garanzia al creditore sotto forma di un trasferimento commissorio. Nell'ipotesi in cui ciò avvenga, occorrerà comunque verificare attentamente quali finalità abbia il trasferimento del bene e, in particolare, se non sia piuttosto una finalità solutoria sia pure accompagnata dalla previsione (col consenso della controparte) di un eventuale futuro riscatto del bene, anziché quella di fornire una garanzia al creditore. Per converso, nell'ipotesi in cui non sussista un rapporto obbligatorio principale e preesistente, si potrà riconoscere nella vendita con patto di riscatto una funzione generica di finanziamento e, magari, vedere nel trasferimento della proprietà un meccanismo preordinato alla garanzia della restituzione della somma oggetto di tale finanziamento¹⁸³.

Altra parte della dottrina ha individuato, invece, nella debolezza contrattuale del debitore la differenza di trattamento legislativo riservato alla vendita con patto di riscatto rispetto al patto commissorio. In particolare, in quest'ultimo l'abuso di posizione da parte del creditore è certamente maggiore rispetto alla vendita con patto di riscatto in cui il soggetto decide di alienare il proprio bene riservandosi la possibilità di riscattarlo¹⁸⁴.

In realtà, la tutela debitoria in questo caso si riferisce più al lato economico che a quello giuridico dell'operazione, non approfondendo, inoltre, sul piano tecnico-giuridico, le ragioni della maggiore debolezza del debitore.

Un'ulteriore teoria ravvisa il differente trattamento sanzionatorio della vendita con patto di riscatto nei diversi regimi di manleva e di rischio concernente il perimento non imputabile del bene¹⁸⁵. Nel dettaglio, per quanto concerne il primo profilo, nel patto in esame il creditore è assicurato di realizzarsi esclusivamente sul bene oggetto della vendita; viceversa, nel patto commissorio, alla

¹⁸² P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, cit., 349.

¹⁸³ E. Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, cit., 99.

¹⁸⁴ A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., 270.

¹⁸⁵ L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali, Artt. 2740-2744*, cit., 214.

garanzia della vendita si aggiunge la garanzia ex art. 2740 c.c. sul patrimonio del debitore. Per quanto riguarda il secondo profilo, nella pattuizione commissoria il rischio del perimento fortuito è a carico dell'alienante debitore. In tale ipotesi, peraltro, il creditore conserva sempre la possibilità di soddisfarsi aggredendo gli altri beni del debitore; mentre tale rischio è a carico del creditore nella pattuizione commissoria¹⁸⁶. Questa tesi, tuttavia, non considera che il rischio del perimento del bene appare assai remoto, potendo essere lo stesso posto convenzionalmente a carico del creditore anche nella vendita con patto di riscatto, con la conseguenza che il patto commissorio dovrebbe essere considerato lecito; inoltre, la contemporanea presenza della garanzia generica di cui all'art. 2740 e di altra forma di manleva con oggetto più specifico non comporta alcun giudizio di riprovevolezza del sistema¹⁸⁷.

Le considerazioni appena svolte, pertanto, riportano la giustificazione del diverso trattamento della vendita con patto di riscatto rispetto al patto commissorio a criteri che tengano conto dell'esatto fondamento del patto di cui all'art. 2744 c.c. che, tuttavia, come si è ribadito, non presenta unanimità di vedute in dottrina ed in giurisprudenza. Ad ogni modo, la vendita con patto di riscatto presenta caratteri peculiari che la differenziano in modo sostanziale dal patto commissorio. Ciò non toglie che le parti possano approfittarsene cercando di eludere la previsione di cui all'art. 2744 c.c., attraverso la realizzazione di una funzione economico sociale differente da quella delineata dal legislatore all'art. 1500 c.c.

Diversa dalla vendita con patto di riscatto è la vendita con riserva di proprietà. Attraverso tale accordo, le parti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1526, 2 comma, c.c., possono attribuire al venditore la possibilità di ritenere le rate pagate a titolo di indennizzo, nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore. Tale pattuizione, analogamente alla vendita con patto di riscatto, mantiene la funzione tipica di scambio del contratto di compravendita.

Ciò posto, occorre evidenziare che anche quest'ultima fattispecie può essere utilizzata dai contraenti per eludere il divieto di patto commissorio. Ed infatti, tale convenzione può essere utilizzata dalle parti per scopi diversi: come, ad esempio, nel caso in cui un soggetto, bisognoso di denaro, trasferisca un pro-

¹⁸⁶F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit. 1443.

¹⁸⁷A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., 274.

prio bene ad un altro, il quale, successivamente lo ritrasferisca con patto di riservato dominio al venditore stesso o ad un terzo¹⁸⁸.

A tal riguardo, non può non osservarsi che la vendita con riserva di proprietà debba essere ricompresa fra le alienazioni in garanzia, con la conseguenza che si riterrà violata la previsione di cui all'art. 2744 c.c. ove l'accordo difetti di meccanismi che escludano l'approfittamento della posizione debitoria, ossia della parte debole del rapporto¹⁸⁹. Il pericolo di abuso a carico del debitore è rappresentato, ad esempio, dalla clausola che in caso di inadempimento facoltizza il venditore a risolvere il contratto e ad incamerare a titolo di indennità le rate di prezzo già riscosse¹⁹⁰.

Un'ultima considerazione deve essere fatta per la cessione dei crediti a scopo di garanzia¹⁹¹. Sebbene qui vi sia l'attribuzione di un diritto di credito e non di un diritto reale in capo al creditore, si è posto il problema della liceità di tale operazione con riguardo alla fattispecie commissoria. In realtà, tale fattispecie viene considerata meritevole di tutela da parte del nostro ordinamento. La ragione della sottrazione di tale pattuizione dall'ambito del divieto di cui all'art. 2744 c.c. non è soltanto da ricercare nel mancato pericolo di abuso verso il contraente debole, ma è altresì giustificata dall'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. (in materia di pegno di crediti) e dell'art. 1851 c.c. (in materia di pegno irregolare), che ribadiscono il principio secondo cui il creditore garantito, mediante la costituzione del pegno, deve restituire al debitore l'ecce-

¹⁸⁸ G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, cit., 97.

¹⁸⁹ F. Realmondo, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit. 1445.

¹⁹⁰ Si ricordi, comunque, che il venditore non può risolvere il contratto per il mancato pagamento di una rata che non superi l'ottava parte del prezzo (arg. ex art. 1525 cod. civ.). Il rilievo è di C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 264.

¹⁹¹ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 189; M. Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 155; in tema v. anche M. Lascialfari, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in *Le garanzie rafforzate del credito*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2000, 269; F. Maimeri, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in F. Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, I, 885; A.A. Dolmetta – G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa*, 1999, I, 100; M. Viale, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1994, 109; G. Bavetta, *La cessione dei crediti a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588; G. Guerrieri, *Cessione del credito a scopo di garanzia (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988; T. Mancini, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007; D. Valentino, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2989; U. Stefani, *La cessione del credito con scopo di garanzia*, Milano, 2007.

denza rispetto al valore del credito garantito¹⁹². È appena il caso di precisare, però, che la cessione del credito si distingue rispetto al pegno di credito in quanto essa trasferisce al cessionario la titolarità del credito, mentre il pegno attribuisce al creditore pignoratizio un vincolo di garanzia su un credito di cui il concedente rimane titolare¹⁹³. Accertare, dunque, se le parti hanno voluto una cessione o un pegno di credito è un problema di interpretazione del contratto¹⁹⁴.

Com'è stato giustamente osservato, la cessione del credito a scopo di garanzia attribuisce al cessionario la titolarità del diritto ceduto ma gli impone, nel contempo, gli obblighi connessi alla funzione di garanzia e, in primo luogo, l'obbligo di non abusare della titolarità trasferendo ad altri il credito stesso¹⁹⁵. Si coglie in ciò il carattere fiduciario della cessione, che attribuisce al cessionario un diritto di cui egli deve disporre nei limiti dello scopo di garanzia¹⁹⁶.

La validità della cessione in garanzia ha avuto un riconoscimento legislativo nella disciplina dei contratti di garanzia fiduciaria, nei quali è espressamente ricompresa la cessione dei crediti. Non si può dubitare, in proposito, che il regolamento contrattuale debba essere ricostruito sulla falsariga del patto marciano, nel senso che è posto a carico del creditore, in caso di inadempimento da parte del debitore, restituire l'eventuale esubero del credito garantito. In caso contrario, se all'inadempimento del debitore conseguisse puramente e semplicemente la definitività dell'effetto traslativo, precludendo la verifica del rapporto di congruità tra credito garantito e credito ceduto, si sarebbe di fronte ad un patto commissorio illecito¹⁹⁷.

¹⁹² In argomento, *cf.* F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 231 ss; G. Bavetta, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 80 ss; B. Inzitari, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Fallimento*, 2002, 963 ss. C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, 159 ss.

¹⁹³ La notazione è di C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 266.

¹⁹⁴ Sui risvolti applicativi della distinzione tra pegno e cessione del credito in garanzia v. G. Finazzi, *La cessione del credito*, in *La circolazione del credito*, I, a cura di R. Alessi – V. Mannino, Padova, 2009, 31, il quale rileva, tra l'altro, come in tema di concordato preventivo non debba applicarsi al cessionario l'art. 177, commi 3 e 4, l. fall., che condiziona il diritto di voto alla rinuncia totale o parziale alla prelazione.

¹⁹⁵ Così C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 7, cit., 266.

¹⁹⁶ Sulla cessione in garanzia quale negozio fiduciario v. P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Artt. 1260-1267, Bologna, 1982, 43; Id., *La cessione dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993, 32. *Cfr.* anche B. Inzitari, in *Banca, borsa*, 1997, I, 165, secondo cui «il fenomeno rientra in quello più ampio del *trasferimento fiduciario dei diritti*».

¹⁹⁷ In tal senso *cf.* N. Cipriani, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio*

11. – Un'altra fattispecie da analizzare, con riguardo alle alienazioni in garanzia che possono integrare il divieto di patto commissorio, è il *sale and lease-back*¹⁹⁸. Trattasi di un contratto di origine anglosassone, con il quale un'impresa commerciale vende beni di sua proprietà ad un imprenditore finanziario che ne diventa proprietario pagando un corrispettivo, il quale, dal canto suo, contestualmente lo cede in *leasing* alla stessa venditrice che versa periodicamente dei canoni per una certa durata, con la facoltà di riacquistare la proprietà dei beni venduti, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto¹⁹⁹.

A tal proposito, occorre preliminarmente operare una distinzione fra la fattispecie anzidetta ed il *leasing* finanziario²⁰⁰. Quest'ultimo, infatti, presenta una struttura del rapporto trilaterale essendo presenti il concedente, il fornitore e l'utilizzatore. Nel dettaglio, il fornitore è il proprietario del bene, il concedente è costituito dalla società che acquista il bene dal fornitore per concederlo in godimento, mentre l'utilizzatore è colui appunto a cui viene dato in godimento il bene.

Nel concreto, l'utilizzatore avrà il godimento del bene per un certo lasso di tempo verso il corrispettivo di un certo numero di rate e con un diritto finale di opzione mediante il pagamento di una somma differenziale già prefissata.

Al contrario, il *sale and lease-back* mostra una struttura bilaterale in cui sono presenti due soggetti: il primo è il proprietario originario del bene che di-

e patto marciano, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 140.

¹⁹⁸ In argomento, v. G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, cit., 347 ss; A.C. Pelosi, *Lease-back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 485 ss; C. Varrone, *Leasing finanziario e sale-lease-back*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, 657 ss.; M. Bussani, *Il contratto di lease-back*, in *Contr. e impr.*, 1986, 558 ss.; R. De Nictolis, *Considerazioni in tema di lease-back*, in *Quaderni giur. impr.*, 1989, 81 ss.; Id., *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale lease back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 553.

¹⁹⁹ L'art. 2495-bis, c. 4, cod. civ. designa tale contratto come operazione di compravendita con locazione finanziaria al venditore.

²⁰⁰ A tal proposito, cfr. V. Buonocore, *Leasing*, in *Noviss. Dig. It., App.*, IV, 1983, 797 ss; M. Bussani – P. Cendon, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Milano, 1989, 137 ss.; F. Cavazzuti, *Leasing. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, III ed., Milano, 1994, 65 ss; G. Tagliavini, *La valutazione del rischio nelle operazioni di leasing: l'individuazione di "impegni credibili"*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 289 ss.

venterà utilizzatore; il secondo è colui che, acquistato il bene dal proprietario, concederà contestualmente a quest'ultimo il godimento del bene attraverso la stipulazione di un contratto di *leasing*²⁰¹.

Considerando le differenze fra i due negozi, si osserva che ricorrerà al *lease-back* colui che è proprietario di un bene, ma nel contempo è bisognoso di denaro liquido, il quale vuole continuare ad utilizzarlo, ad esempio per lo svolgimento della propria attività economica: questi potrà farlo vendendo il bene ad un terzo, il quale glielo concederà contemporaneamente in *leasing*, per il quale l'utilizzatore pagherà i canoni ed avrà la possibilità di riacquistare la proprietà del bene tramite il pagamento di una somma differenziale.

Nel *sale and lease-back*, dunque, sono presenti due contratti: un primo, la vendita (*sale*) che ha natura tipica, e un secondo atipico, cioè il *leasing* nella specifica versione del *leasing* di ritorno (*lease-back*).

Sotto un profilo squisitamente giuridico, il trasferimento immediato della proprietà, che è uno dei momenti caratterizzanti l'operazione, e la particolare esaltazione delle potenzialità finanziarie già proprie del *leasing* finanziario sono elementi che hanno consentito in passato a taluni interpreti di avvicinare lo schema contrattuale della locazione finanziaria di ritorno a quello delle illecite alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato, ponendo il problema dei limiti di validità della fattispecie anzidetta in relazione all'art. 2744 c.c.²⁰².

²⁰¹ Cfr. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, la quale chiarisce, assai bene, che «il contratto di *sale and lease back* si configura secondo uno schema negoziale, socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), caratterizzato da una specificità tanto di struttura quanto di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai «tipi» negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un proprio bene di natura strumentale da parte di un'impresa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in «*leasing*» all'alienante, il quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo; manca, pertanto, nella fattispecie de qua quella trilateralità propria del *leasing*, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), in quanto l'imprenditore assume la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore».

²⁰² M.L. De Rosa, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 1, 213 ss.; G.M. Galimberti, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Milano, 1983; V. Santarsiere, "Sale and lease back" per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, in *Arch. civ.*, 1997, 47 ss.; R. De Nictolis, *Divieto del patto commissorio, alienazioni e garanzia e sale-lease-back*, in *Quaderni giur. impr.*, II, 1991, 535 ss. In argomento, va senz'altro segnalata la recente sentenza Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, che ha il merito di aver fatto il punto, in materia di alienazioni a scopo di ga-

Per la verità, va rilevato che prima della pronuncia delle Cassazione del 1983, in ambito di alienazioni in funzione di garanzia, la giurisprudenza di merito considerava lecito senza alcun problema il *sale and lease-back*, in ragione del fatto che il trasferimento della proprietà era immediato e non subordinato all'inadempimento dell'obbligazione²⁰³. A seguito della pronuncia anzidetta – che, com'è noto, ha definitivamente equiparato ai fini dell'invalidità delle alienazioni in funzione di garanzia i trasferimenti sospensivamente condizionati a quelli risolutivamente condizionati – sono emerse diverse argomentazioni da parte della giurisprudenza immediatamente successiva e della dottrina che hanno minato la validità della fattispecie in esame.

Una parte della dottrina²⁰⁴ e della giurisprudenza²⁰⁵, infatti, al fine di poter individuare una funzione di garanzia nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al proprietario-utilizzatore, così come l'individuazione – nel pagamento dei canoni di *leasing* – di una restituzione rateale della somma mutuata da colui che acquista il bene e lo concede in *leasing*, ha ravvisato una forte corrispondenza tra l'operazione di *lease-back* e la costituzione di un mutuo con garanzia reale atipica sui beni del mutuatario. Da tale analogia consegue che attraverso quest'accordo si arriverebbe alla elusione del divieto di cui all'art. 2744 c.c., per lo più attraverso lo strumento tecnico della frode alla legge e, quindi, all'illeceità di tale negozio²⁰⁶.

Viceversa, altra parte della dottrina ha sostenuto l'ammissibilità del *sale and lease-back*, salvo il caso di un'utilizzazione che, nel concreto, presenti evi-

ranza, circa l'ambito di operatività del divieto dell'art. 2744 c.c. con specifico riguardo al contratto di *sale and lease-back*. La sentenza, da ultimo citata, si trova pubblicata in *Riv. not.*, 2015, 182 ss.; in *Il fallimento*, 7/2015, 791 ss., con nota di M. Spadaro; in *Giur. it.*, 2015, 2341 ss., con nota di V. Viti. Cfr., pure, M. Natale, *Lease-back e strutture utili di patto marciano*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2015, 1595 ss.

²⁰³ Cfr. Trib. Roma, 22 marzo 1979, in *Banche e banchieri*, 1982, 467 ss.; Trib. Milano, 3 maggio 1983, in *Riv. notar.*, 1984, II, 601 ss.

²⁰⁴ G. Obero, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease-back*, cit., 372.

²⁰⁵ Cfr. App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 301; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 427; Trib. Milano, 19 giugno 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, 786; Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1250; Trib. Roma 7 maggio 1990, in *Temi romana*, 1990, 137.

²⁰⁶ Cfr. Cass., 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1019; Cass., 28 giugno 2006, n. 14903, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 60, con nota di Buonomenna.

denti indici del perseguimento di uno scopo elusivo dell'art. 2744 c.c.²⁰⁷, e si ponga pertanto quale uso "anomalo", *rectius* fraudolento del *lease-back*²⁰⁸. Tale assunto, confermato altresì da una parte della giurisprudenza di merito²⁰⁹, non ravvisa dunque nel *sale and lease-back* un preesistente rapporto di debito-credito tra i soggetti protagonisti dell'operazione; la vendita, quindi, non si presenta come contratto accessorio a scopo di garanzia, ma come contratto strumentalmente collegato a quello di *leasing*, funzionale alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito dalle parti. In tal senso, si è pronunciata la Suprema Corte, con una decisione dell'ottobre del 1995²¹⁰, che ha posto al

²⁰⁷ Cfr. la cit. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, secondo cui «il negozio di *sale and lease-back* viola la ratio del divieto del patto commissorio sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del credito stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita, mentre l'esistenza di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il *sale and lease-back* quanto lo stesso *leasing* finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato». V. anche Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, 700, con nota di E. Giacobbe, *ivi*, 2007, I, 2529, per la quale «deve escludersi che l'art. 2744 c.c. (sul divieto del patto commissorio) costituisca una norma eccezionale, di stretta interpretazione, applicabile unicamente nell'eventualità in cui sia aggiunto al pegno, all'ipoteca, all'anticresi. Il divieto di patto commissorio, infatti, si estende a qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene e come conseguenza della mancata estinzione del debito ed applicabile, pertanto, anche con riguardo ad un contratto intercorso tra due società da qualificarsi *sale and lease-back*». In linea con quest'ultimo rilievo appare Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2012; Cass. sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075.

²⁰⁸ G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., 53; S. D'Ercole, *Sull'alienazione in garanzia*, cit., 228 ss., spec. 253 ss.; A. Frignani, "Leasing". *Qualche passo avanti e qualche battuta d'arresto*, in *Giur. it.*, 1985, IV, cc. 245 ss.; U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 515; A. Munari, *Vendita e nullità del sale e lease-back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1986, 172 ss.; A. Luminoso, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 489 ss.

²⁰⁹ Cfr. Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, 716 s.; Trib. Pavia, 16 giugno 1988, in *Riv. it. leasing*, 1988, 438; Trib. Torino, 29 marzo 1988, in *Giur. piem.*, 1988, 679; Collegio arbitrale Palermo, 14 dicembre 1990, in *Riv. arb.*, 1991, 601.

²¹⁰ Cfr. Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Corr. giur.*, 1995, 1360 ss., con nota di V. Carbone, *Le peculiarità del lease back o sale lease back*, 1365 ss.; in *Giur. it.*, I, 1, 1996, cc. 1382 ss., con nota di S.M. Cinquemani, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commis-*

centro dell'intero dibattito interpretativo (in materia di *lease-back*) le analogie e le differenze tra quest'ultimo modello e quello delle alienazioni in garanzia ad effetto immediato, per stabilire se alla locazione finanziaria di ritorno possa essere riconosciuto un sufficiente margine di autonomia strutturale e funzionale, in grado di legittimare la validità del *sale and lease-back*. Orbene, la Corte dopo aver chiarito che la locazione finanziaria di ritorno costituisce un negozio socialmente tipico e lecito in astratto, catalogabile nell'ambito dei contratti di impresa²¹¹, ha affermato che gli elementi caratterizzanti tale operazione sono tali da integrare un'ipotesi di vendita «a scopo di *leasing*» e non «a scopo di garanzia»²¹². In presenza di tali elementi, quindi, l'operazione illustrata rivela una sufficiente autonomia strutturale e funzionale che ne impedisce la sanzionabilità *ex art. 2744 c.c.* A tal fine, la giurisprudenza di legittimità ha dichiarato che si dovranno tenere in considerazione i seguenti requisiti²¹³: la qualità delle parti contraenti, vale a dire che dovranno essere presenti, da un lato, un'impresa o un lavoratore autonomo, e dall'altro, un'impresa di *leasing*; la

rio, cc. 1381 ss.; in *Contr.*, 1996, 28 ss., con nota di R. De Meo; in *Foro it.*, 1996, I, cc. 3492, con nota di A. Monti; in *Notariato*, 1996, 220 ss.; in *Riv. giur. sarda*, 1996, 346 ss., con nota di A. Luminoso; Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, II, con nota di R. Simone, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*; essa è seguita in termini analoghi da Cass., 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, cc. 3586; in *Rass. trib.*, 1998, 805, con nota di S.M. Ceccacci; in *Contr.*, 1998, 395, con nota di A. Maniàci; Cass., 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1820, con nota di R. Simone; in *Giust. civ.*, 1998, I, 3237 ss., con nota di A. Schermi.

²¹¹ Secondo alcuni, peraltro, il contratto sarebbe implicitamente tipizzato all'art. 2425-bis cod. civ. (in tal senso, *cf.* G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1136 ss., spec. 1137).

²¹² Com'è stato, recentemente, sottolineato la figura risponde all'esigenza, diffusa in ambito imprenditoriale, di permettere l'esercizio dell'attività economica indipendentemente dalla titolarità dei mezzi di produzione e di smobilizzare risorse patrimoniali per utilizzare la liquidità ottenuta in investimenti produttivi e, più in generale, per consentire una gestione agile ed adeguata alle strategie di medio e lungo periodo. *Cfr.*, fra i tanti, G. De Nova, *Il lease-back*, cit., 521 ss.; G. Di Rosa, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, cit., 1139.

²¹³ Con riguardo agli indici rivelatori del possibile intento fraudolento delle parti che concludano un contratto di *sale and lease-back* si rimanda a F. Lotta, *Gli indici di anomalia del lease back nella recente giurisprudenza*, nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 13 marzo 2012, Trib. Milano, 24 gennaio 2021, Trib. Milano, 28 giugno 2010, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 356 ss., spec. 363 ss.; F. Arcari, *Indici di anomalia del lease back*, nota a Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I Contratti*, 1/2008, 36 ss.

natura del bene oggetto dell'operazione, che dovrà essere un bene strumentale all'esercizio dell'impresa (di norma funzionale ad un determinato assetto produttivo); il fatto che le condizioni del contratto di utilizzazione si conformino a quelle generalmente praticate nei contratti di *leasing*; la durata del rapporto, che deve essere considerevole; infine, i criteri di determinazione del prezzo della vendita, dei canoni e del prezzo d'opzione, onde evitare una sproporzione tra le prestazioni di ambo le parti ²¹⁴. A questo proposito, torna utile richiamare la citata sentenza del 2015 ²¹⁵, con la quale la Suprema Corte si è pronunciata in merito alla validità del contratto di *sale and lease-back* contenente la clausola marciiana. La decisione ha cura di precisare come la clausola in discorso possa essere strutturata anche diversamente, purché sia comunque realizzata la finalità cui i requisiti anzidetti mirano. Essa sottolinea, infatti, la necessità che «*sin dalla conclusione del contratto di lease-back, siano stati previsti meccanismi oggettivi e procedimentalizzanti che (...)* permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto di garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito» (punto 2.5 della motivazione). L'essenziale è – prosegue ancora la sentenza – che risulti dal patto «*che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il surplus gli sarà senz'altro restituito*» (punto 2.5 della motivazione). Pertanto, è possibile subordinare l'acquisto da parte del creditore-acquirente alla condizione sospensiva della restituzione da parte sua dell'eventuale eccedenza tra valore del bene alienato in garanzia e credito, calcolata nei modi e nei tempi anzidetti.

Tentando di comporre il quadro, può dirsi che l'operazione di *sale and lease-back* è caratterizzata da uno schema negoziale tipico nel cui ambito il trasferimento in proprietà del bene all'impresa di *leasing* rappresenta il necessario presupposto per la concessione del bene in locazione finanziaria; sicché, essa non appare preordinata, per sua natura e nel suo fisiologico operare, ad uno scopo di garanzia e, neppure, alla fraudolenta elusione del divieto posto dall'art. 2744 c.c. Tale impostazione ha ricevuto larghi consensi in dottrina e

²¹⁴ G. Rispoli, *Lease back: chiaroscuri applicativi fra funzione di finanziamento e garanzia*, in *Giur. it.*, 2012, 579 ss. La sproporzione tra valore del bene venduto ed entità del credito è ritenuta uno degli indizi di maggior peso da Cass., 9 maggio 2013, n. 10986.

²¹⁵ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit.

in giurisprudenza ed è, allo stato, ancora la tesi predominante²¹⁶. Ne rappresenta conferma un recente intervento della Cassazione (Cass., sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288), in cui viene ribadito pedissequamente l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite più di trent'anni or sono, seppur con riguardo alla vendita con patto di riscatto o di retrovendita, atteso che la predetta vendita non incorre nel divieto di patto commissorio qualora venga accertata l'inesistenza, a base del trasferimento, di un rapporto debito-credito tra le parti del contratto e quindi la mancanza di uno scopo di garanzia.

12. – Quanto sinora osservato rivela, senza alcun dubbio, che le pattuizioni commissorie sono generalmente viste con sfavore dal nostro ordinamento. Del resto, gli artt. 1963 e 2744 c.c. comminano la più grave sanzione della nullità della convenzione commissoria, in virtù dell'esigenza di tutela del debitore, quale contraente debole, da possibili abusi del creditore nei negozi di garanzia²¹⁷.

In realtà, la lesione di un simile interesse consente di qualificare il patto commissorio come un contratto illecito, poiché volto a realizzare uno scopo non consentito dalla legge²¹⁸. A tal riguardo, è facilmente intuibile che assume particolare rilevanza la funzione svolta dal regolamento voluto delle parti, che riveste un ruolo fondamentale all'interno del negozio. Tale funzione, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito al contratto, deve essere inquadrata come illecita ex art. 1343 c.c., poiché volta alla concretizzazione di effetti elusivi di interessi tutelati dall'ordinamento. In tale ottica, però, troverebbe applicazione la disciplina dettata in tema di nullità del contratto di cui all'art. 1418, 2° comma, c.c. Il che determinerebbe una serie di conseguenze sul piano pratico: in primo luogo, al cospetto di un negozio nullo per illiceità della causa, nessuna delle parti può legittimamente domandare il risarcimento dei danni,

²¹⁶ Cfr., per tutti, G. De Nova, *Il lease back*, in *Riv. it. Leasing*, 1987, n. 3, 517 ss., spec. 523; in giurisprudenza v., ad esempio, Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *I Contratti*, 1/2008, 33 ss., con nota di F. Arcari; Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Giur. it.*, con note di L. Strona e di M. Lascialfari.

²¹⁷ In argomento cfr. G. Pugliese, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, 156 ss; T. Mancini, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 codice civile*, in *Foro it.*, 1966, I, 1118 ss; P. Carbone, *Nullità. Rilevabilità d'ufficio. Vendita. Patto di riscatto. Divieto del patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348 ss; A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999, 413 ss.

²¹⁸ Dalla violazione di norme imperative consegue l'illiceità della causa nel negozio. In tal senso, v. M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 5 ss.

in quanto tale diritto sorge esclusivamente nell'ipotesi in cui la parte ignorava o poteva ignorare la causa della nullità²¹⁹; in secondo luogo, appare controverso se nella fattispecie in esame possa trovare applicazione la conversione del negozio nullo, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., che consentirebbe la produzione di determinati effetti nel momento in cui ricorrono altre circostanze²²⁰. Al riguardo, parte della dottrina ha precisato che la conversione del negozio nullo potrebbe trovare impiego quando all'interno del contratto nullo ci siano degli elementi essenziali di un negozio valido, che persegua un interesse che – sebbene non voluto direttamente dalle parti – sia in linea con quello desiderato dalle stesse e che rifletta il principio di buona fede ispirandosi ad esigenze di giustizia²²¹. Si tenga presente, però, che non è agevole rinvenire nel patto commissorio elementi tipici delle altre forme di garanzia reali (si pensi, ad esempio, all'ipoteca, la quale, com'è noto, si costituisce a seguito di iscrizione in appositi registri, con la conseguenza che la convenzione commissoria potrebbe al massimo produrre effetti del contratto di concessione)²²².

Peraltro, occorre appurare se l'illiceità attiene ad una singola prestazione ovvero se il contenuto contrattuale possa essere sostituito senza alterare gli interessi dei contraenti. In realtà, tale assunto, sebbene ritenga possibile la conversione della pattuizione commissoria, attraverso la sostituzione dell'assetto di interessi illecito con un assetto conforme all'ordinamento giuridico, sulla base della considerazione che il fine perseguito dalle parti non coincida con un'operazione illecita infungibile, appare difficilmente condivisibile. Ed infatti, lo scopo delle parti nel negozio illecito è totalmente differente da quello perseguito attraverso la costituzione di una garanzia reale. In tal caso, si autorizza il creditore a vendere il bene oggetto della garanzia e a soddisfarsi con un diritto di

²¹⁹ M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, cit., 6.

²²⁰ Al riguardo, cfr. G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 457, ss. spec. 489 ss.

²²¹ In tal senso, v. F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1990, I, 1446; F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 425 ss.

²²² Particolari problematiche sorgerebbero, peraltro, in presenza di convenzioni che contengano elementi causali perfettamente leciti, che costituiscono il mezzo per eludere il divieto, realizzando un fine estraneo alla funzione tipica del negozio. In tal caso, è stato giustamente notato che l'illiceità dell'operazione potrebbe venire in rilievo sotto il profilo della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. *Cfr.*, in proposito, U. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.*, VIII, 1992, 299 ss.

prelazione sul ricavato; nelle pattuizioni commissorie, di contro, si attribuisce a quest'ultimo un diritto di proprietà sul bene nel momento in cui si verifica l'inadempimento da parte del debitore dell'obbligazione garantita.

13. – Appare evidente che alla disposizione normativa in commento (art. 2744) debba essere attribuita un'efficacia proibitiva ampia, in virtù di un'interpretazione estensiva del dettato normativo.

Le fattispecie analizzate consentono, invero, di vedere nel divieto del patto commissorio un vettore sanzionatorio che si dirige contro una figura dalla carica eversiva, che comporta una significativa devianza pattizia dal meccanismo garanzia-inadempimento-esecuzione forzata proprio del pegno e dell'ipoteca. Con il patto commissorio, infatti, creditore e debitore disinnescano l'attivazione della procedura esecutiva nel caso di inadempimento e concordano l'automatica trasformazione della *causa cavendi* dell'attribuzione in *causa solvendi*. Detta trasformazione supera i livelli di guardia ed attiva la scure sanzionatoria dell'art. 2744 c.c. se avviene in mancanza di una riconsiderazione dei valori di credito-acquisto e debito-cessione al momento dell'attribuzione del diritto dominicale in funzione solutoria.

Occorre, quindi, individuare esattamente la 'reale' funzione della convenzione stipulata e cercare di ricondurla alla 'reale' tipologia contrattuale; qualificando così l'operazione negoziale, comunque denominata, sulla base di un criterio di determinazione funzionale²²³. Ciò che rileva, quindi, è il risultato della pattuizione, al di là del fatto che essa venga inquadrata come accessoria od autonoma²²⁴.

Alla base di tale soluzione sta la concezione dell'art. 2744 c.c. come norma "materiale", espressione cioè di una proibizione che l'ordinamento pone non nei confronti di uno specifico istituto, bensì del risultato economico, raggiungibile attraverso congegni negoziali differenti, tipici ed atipici. In altri termini, la norma esprime un divieto "di risultato", con uno spettro di applicazione ampio, non circoscritto alle ipotesi nominate del pegno, dell'ipoteca e

²²³ U. Morello, *Frode alla legge*, cit., 191. I contraenti, infatti, qualificando la pattuizione da loro posta in essere – ad esempio – come vendita con patto di riscatto, potrebbero in verità concludere un'alienazione in garanzia vietata dalla legge. Sul punto, *cf.* G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 1996, 17 ss.

²²⁴ *Cf.* S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 314; nonché A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 416.

dell'anticresi, ma operante nei confronti di qualsiasi fattispecie negoziale la cui causa in concreto miri a realizzare gli effetti del patto vietato.

Non v'è scandalo, allora, nel dire che non tutte le alienazioni in garanzia debbano essere considerate illecite e, conseguentemente, colpite con la sanzione della nullità²²⁵. La violazione del principio di cui all'art. 2744, infatti, dipende da come i contraenti hanno costruito il contratto e, nel caso di collegamento negoziale, bisogna valutare l'interesse sotteso alla più ampia operazione e non già ai singoli contratti in sé considerati.

Va ritenuto, allora, che il limite entro il quale le alienazioni a scopo di garanzia (siano esse la compravendita, il riporto, il *sale and lease back* o altri schemi che l'autonomia privata può congegnare) possano lecitamente operare sia costituito dall'esistenza di un corretto ed equilibrato rapporto tra entità del credito garantito e valore della cosa alienata immediatamente in garanzia. In ogni caso, con il divieto in esame non solo si garantisce il debitore contro illegittimi approfittamenti da parte del creditore al momento della nascita del credito (la cosa data in pegno o su cui è stata iscritta ipoteca potrebbe infatti eccedere di molto il valore del debito), perché il patto è nullo pur se stipulato successivamente (art. 2744 seconda parte), ma si garantiscono anche gli altri creditori, i quali vedono sottratto dal patrimonio del comune debitore un bene su cui, sia pure sussidiariamente, potrebbero rivalersi.

14. – La violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. determina la nullità della pattuizione (art. 1418, co. 1, cod. civ.).

In tale ottica, primario rilievo assume la figura del debitore che dalla declaratoria di nullità della convenzione trae, senza dubbio, maggiore vantaggio. Purtuttavia, non bisogna ignorare che anche il creditore è legittimato a chiedere l'invalidità della pattuizione. Ed infatti, posto che la nullità dell'atto non può essere domandata da chi vi ha dato origine, tale assunto contrasta però con il dettato normativo e con la natura dell'azione; inoltre, non può sottacersi che anche il debitore ha sottoscritto la pattuizione commissoria, concorrendo all'invalidità del contratto, sicché dovrebbe essere preclusa anche a quest'ultimo la legittimazione all'azione²²⁶. Ad ogni modo, al fine di poter domandare

²²⁵ M. Bussani, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, I, Torino, 1999, 81 ss.

²²⁶ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 44.

la nullità del patto, anche il creditore deve avere un interesse concreto all'invalidità della convenzione commissoria; in caso contrario, difetterebbe della legittimazione attiva di cui al combinato disposto degli artt. 1421 c.c. e 100 c.p.c.

Guardando adesso ai soggetti legittimati passivamente, questi ultimi vengono individuati tramite il ricorso alle finalità del giudizio di legittimità. A tal riguardo, occorre esaminare due distinte ipotesi: nel caso in cui tale giudizio venga inquadrato come uno strumento idoneo a creare un giudicato che non permetta ad altri di riproporre la questione, saranno legittimate passivamente tutte le parti originarie del negozio; viceversa, nel caso in cui lo stesso venga visto quale strumento di difesa delle posizioni giuridiche pregiudicate dall'atto nullo, saranno parti del giudizio (dal lato passivo) esclusivamente i soggetti direttamente ed immediatamente interessati a quella posizione²²⁷. Sul punto, la giurisprudenza sembra propendere per quest'ultima ipotesi, escludendo la possibilità di un litisconsorzio fra le parti originarie del contratto oggetto del giudizio di nullità, riconoscendo la legittimazione passiva al soggetto che abbia interesse alla validità della pattuizione commissoria²²⁸.

In senso opposto, parte della dottrina, per ragioni di certezza del diritto, ritiene che debbano essere coinvolti passivamente nel giudizio tutti quei soggetti che hanno dato origine al regolamento contrattuale di cui si pretende la declaratoria di nullità²²⁹.

Particolari questioni sorgono, invece, relativamente alla questione della rilevanza della nullità del patto commissorio, di cui all'art. 1421 c.c. Secondo la giurisprudenza prevalente, la disposizione anzidetta deve essere accostata agli artt. 99²³⁰ e 112 c.p.c.²³¹, che esprimono il c.d. principio dispositivo. Da questo deriva, in primo luogo, che la nullità non può essere rilevata sulla base di motivazioni differenti da quelle fatte valere dalla parte in giudizio; in secondo

²²⁷ V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, artt. 2740–2899, II ed., Bologna–Roma, 1955, 53.

²²⁸ Cfr. Cass., 13 settembre 1991, n. 9581, in *Rep. Giust. Civ.*, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 44.

²²⁹ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 426.

²³⁰ Art. 99 c.p.c. "Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente".

²³¹ Art. 112 c.p.c. "Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti".

luogo, che la rilevabilità viene limitata alla sola ipotesi in cui venga domandata l'esecuzione del contratto nullo, escludendo, pertanto, le ipotesi in cui vengano chiesti l'annullamento, la risoluzione o la rescissione²³². Parte della dottrina, di contro, ha ravvisato che le decisioni in materia di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto presuppongano necessariamente la validità e l'efficacia del contratto stesso, fondandosi la pretesa sul titolo negoziale²³³.

In realtà, la soluzione a cui perviene la giurisprudenza, sotto un profilo logico-giuridico, appare discordante con il dettato normativo, che non prevede limiti di sorta, nonché col principio secondo cui il negozio nullo non produce effetti, salvo quelli espressamente previsti dalla legge. Ragionando diversamente, si giungerebbe alla conclusione che il negozio produrrebbe degli effetti, che verrebbero poi rimossi con la pronuncia di annullamento, di risoluzione o di rescissione.

Invero, la rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto, tutte le volte in cui la stessa venga fatto valere in giudizio, non si scontra con il principio di cui all'art. 112 c.p.c., che limita la corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato alle sole eccezioni formulate dalle parti, avendo il legislatore previsto la possibilità di prospettare in giudizio l'esistenza di fatti modificativi, estintivi, o impeditivi del diritto che si assume violato. A ciò si aggiunga che, da un punto di vista prettamente pratico, la tutela approntata dal sistema risulterebbe parziale ed insufficiente. Infatti, se dovesse essere comminata la sanzione della nullità ad una determinata convenzione, in ragione del fatto che la stessa risulti contraria a norme imperative che tutelano specifici interessi, il potere del giudice sarebbe limitato alla rilevazione della nullità e a sanzionare il regolamento stesso²³⁴.

In definitiva, se da una parte la giurisprudenza ha cercato di estendere in maniera costante l'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio, dall'altra, essa ha limitato il potere del giudice nella sua funzione di controllo della liceità del regolamento contrattuale voluto dalle parti e della tutela dei valori espressi all'interno del nostro ordinamento. In altre parole, l'illiceità della pattuizione commissoria rimane legata all'attività processuale delle parti ed al limite delle domande proposte nel processo.

²³² Sul punto *cf.* Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340, in *Foro it.*, 1995, 611; Cass., 12 ottobre 1985, n.4955, in *Giur. it.*, 1986, 719.

²³³ C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 119 ss.

²³⁴ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 428.

15. – Alla declaratoria di nullità della stipulazione commissoria consegue, come si è visto, il venir meno della garanzia che il creditore aveva preteso ai fini dell'erogazione del credito. A questo proposito, occorre verificare fino a che punto si estende la nullità della pattuizione commissoria e, in particolare, se essa colpisce anche il contratto di prestito ed eventualmente la garanzia reale ad esso accessoria. In altre parole, bisogna verificare se gli effetti della nullità colpiscano l'intera operazione contrattuale, oppure se i negozi ad essa collegati rimangano validi e produttivi di effetti giuridici.

La convenzione commissoria, come già sottolineato in precedenza, avendo una propria causa giuridica, si inserisce pienamente nel regolamento contrattuale, legandosi con il negozio da cui nasce il debito garantito. Pertanto, secondo i principi contenuti nell'art. 1419 cod. civ.²³⁵, concernenti la nullità parziale del contratto, la nullità della pattuizione commissoria dovrebbe estendersi anche al contratto collegato. In tal senso, è stata ritenuto applicabile il primo comma dell'art. 1419 cod. civ., risultando nullo quindi il contratto collegato alla pattuizione commissoria allorquando le parti non lo avrebbero posto in essere in mancanza della garanzia costituita dal patto commissorio²³⁶.

Sotto questo profilo, assume particolare rilevanza il momento in cui viene conclusa l'alienazione in funzione di garanzia. Ed infatti, se tale momento risulta successivo al contratto di finanziamento ed eventualmente alla costituzio-

²³⁵ Art. 1419 c.c.: *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.*

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

²³⁶ A tal proposito cfr. V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, cit., 40 ss. Sul versante giurisprudenziale si rinvia a Cass., 10 novembre 2014, n. 23950, in *CED Cassazione*, la quale sottolinea, ai fini dell'applicazione dell'art 1419 c.c., l'importanza dell'esame della fattispecie concreta ed afferma che il principio di conservazione del negozio giuridico va temperato con quello dell'autonomia privata e della prevalenza della comune volontà delle parti, sicché per poter stabilire se la nullità di una clausola travolga l'intero contratto occorre considerare gli strumenti negoziali prescelti dalle parti in funzione dell'interesse in concreto perseguito. Ne consegue che, laddove si provi che le parti avrebbero egualmente perfezionato l'accordo, la declaratoria di nullità non può che essere parziale ed interesserà la sola pattuizione commissoria. Sul punto, cfr. A Luminoso, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, cit., 503; v., pure, N. Cipriani, *Patto commissorio autonomo: come salvare la validità del finanziamento e della garanzia*, in *giustiziacivile.com*, 3/2014, 27 maggio 2014.

ne della garanzia reale, è possibile ipotizzare che il finanziamento sarebbe stato erogato a prescindere dalla manleva offerta dall'acquisto della proprietà del bene in caso di mancata restituzione delle somme entro il termine pattuito. Viceversa, nel caso in cui la convenzione commissoria sia posta in essere contemporaneamente al contratto collegato, occorre distinguere se siamo di fronte ad un patto commissorio autonomo o accessorio. In quest'ultimo caso, essendo il creditore garantito da altra forma di manleva, si potrebbe supporre che egli avrebbe comunque concesso il finanziamento; ma, se così fosse, perché mai stipulare una convenzione commissoria ²³⁷? Per quanto concerne il patto commissorio autonomo, invece, non può sostenersi che il creditore avrebbe in ogni caso corrisposto il prestito in difetto della stipulazione del patto.

Parte della dottrina, inoltre, ha osservato che l'applicazione del principio di cui all'art. 1419, 1 comma, cod. civ. comporta spesso la trasformazione di un credito sorto come garantito in uno chirografario, determinando quindi una situazione paradossale ²³⁸. In realtà, se si prende in considerazione il contratto di finanziamento, da cui scaturisce il debito garantito, alla dichiarazione di nullità di tale negozio segue necessariamente l'applicabilità alla fattispecie della disciplina dettata in tema di ripetizione dell'indebito ²³⁹. In tale ottica, parte della dottrina ha circoscritto gli effetti della dichiarazione di nullità alla sola pattuizione commissoria, mediante l'applicazione dei principi di cui all'art. 1419, 2° comma, c.c., che prevede la sostituzione automatica delle clausole nulle con norme imperative, che nella fattispecie in esame avrebbero un contenuto meramente negativo, essendo costituite sulla base della previsione del divieto del patto commissorio ²⁴⁰. Per converso, altra dottrina, riconosciuto che il patto commissorio può inserirsi nel fenomeno del c.d. collegamento negoziale, ha ritenuto che alla nullità del patto commissorio, consegua la nullità di tutti i negozi collegati, sulla base del principio *simul stabunt simul cadent*. Tutto ciò sarebbe confermato dal fatto che, sebbene l'operazione contrattuale sia stata ricondotta nell'ambito del collegamento unilaterale, ove le vicende del negozio avente funzione strumentale si ripercuotono necessariamente sul contratto collegato, l'operazione inversa non

²³⁷ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 431.

²³⁸ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 572 ss.

²³⁹ F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., 1446 ss.

²⁴⁰ F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 427 ss.

appare possibile, considerato che il contratto di finanziamento è strumentale alla convenzione commissoria che gli accede ²⁴¹. A ciò si aggiunga che nella fattispecie in esame non sono presenti specifiche disposizioni riguardanti i rapporti fra la pattuizione commissoria ed il contratto di finanziamento. Ambe le stipulazioni, infatti, mantengono inalterata la propria funzione tipica. Conseguentemente, sussiste tra di loro un nesso di causalità funzionale, che può determinare una risposta sia del contratto principale su quello accessorio che viceversa ²⁴². In effetti, se il rapporto di accessorietà giustifica l'influenza del rapporto principale su quello accessorio, ciò non esclude che il rapporto accessorio non possa influenzare il rapporto principale, in quanto vi è la presenza di un collegamento economico tale da far presupporre che gli stessi contraenti lo abbiano tenuto in considerazione al momento della conclusione del rapporto principale. Tale considerazione risulta, peraltro, confermata da alcune previsioni normative che dispongono espressamente riguardo alle conseguenze giuridiche delle vicende dell'accessorio sul principale ²⁴³.

Ad ogni modo, appare evidente che la soluzione a cui perviene parte della dottrina, applicando i principi concernenti il collegamento unilaterale, non può combinarsi in tutte le ipotesi in cui la convenzione commissoria rappresenta il momento centrale del regolamento contrattuale, in assenza della quale le parti non avrebbero stipulato il contratto di finanziamento. Ed inverso, nell'ipotesi anzidetta si realizza una complessa operazione negoziale in cui più negozi interdipendenti vengono posti sullo stesso piano, al fine di conseguire un unico risultato pratico. Da ciò ne deriva che l'illiceità di una singola pattuizione travolgerà inevitabilmente l'intera operazione negoziale, a prescindere dalla liceità dei negozi ad essa collegati, soltanto ove la pattuizione illecita risulta determinante allo scopo finale ²⁴⁴.

Pertanto, occorre soffermarsi sull'elemento obiettivo della fattispecie e non su quello soggettivo, essendo rilevante la sua funzione economica, la quale, nell'ipotesi di collegamento negoziale, non è soltanto quella corrispondente ai singoli negozi, ma quella che si realizza mediante il loro collegamento. Nel

²⁴¹ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 572 ss.

²⁴² A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 436.

²⁴³ In senso contrario si è posto F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, cit., 1446 ss., il quale ha limitato la nullità al solo contratto di garanzia, pur ammettendo la legittimazione da parte del creditore cui la pattuizione commissoria avrebbe assicurato vantaggi.

²⁴⁴ M. Nuzzo, *Negozio giuridico. Negozio illecito*, cit., 8.

caso in cui si ritenga che la funzione principale dell'intera operazione sia quella di finanziamento del debitore, la convezione commissoria non potrà considerarsi determinante ai fini della realizzazione del risultato, sicché l'illiceità della stessa non invaliderà l'efficacia del negozio di finanziamento ed eventualmente quella del contratto di garanzia reale ad esso collegato. Al contrario, nel caso in cui si assuma che la funzione dell'intera operazione sia quella di fornire al creditore contraente uno strumento che possa agevolarlo ad approfittarsi del debitore, quale parte debole del rapporto, l'illiceità della stipulazione commissoria inficerà necessariamente tutti negozi ad essa collegati ²⁴⁵.

Ad ogni modo, qualunque sia la soluzione prescelta, la questione degli effetti dell'invalidità della convenzione commissoria sui negozi ad essa collegati deve essere valutata caso per caso e, precisamente, concentrandosi sulle condizioni che regolano il finanziamento e che lo rendono più o meno oneroso (per esempio, la previsione del saggio di interesse, oppure i tempi di restituzione dell'importo erogato ²⁴⁶).

In definitiva, l'esame delle fattispecie in cui emerge il possibile approfittamento del creditore rimane ancorato al metodo necessario per stabilire l'incidenza del patto commissorio sul risultato finale, alla cui realizzazione sono volti i negozi collegati ²⁴⁷.

16. – Alla luce di quanto detto, qualora venga dichiarata la nullità del contratto di finanziamento collegato alla convenzione commissoria, conseguirà il venir meno della causa dell'attribuzione del debito. Il debitore sarà tenuto, quindi, alla restituzione dell'importo ricevuto secondo le norme della ripetizione dell'indebito (art. 2033 ss. cod. civ.).

Vengono così in rilievo i rapporti fra l'azione di nullità e l'azione di ripetizione. Appare evidente, infatti, che sussiste uno stretto legame fra la domanda in cui viene richiesto l'accertamento della nullità del contratto e quella di ripe-

²⁴⁵ G. Palermo, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 36 ss.

²⁴⁶ Beninteso, nel caso in cui la previsione del saggio di interessi e dei tempi di restituzione della somma configurino una situazione molto gravosa a carico del debitore, appare più congruo ritenere nulla l'intera operazione negoziale, con tutte le conseguenze che ne derivano in relazione ai vari contratti collegati.

²⁴⁷ Secondo A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 429, l'operazione che risultasse in concreto principalmente volta a consentire l'approfittamento del creditore, sarebbe interamente travolta, non essendo meritevole di tutela nel suo complesso.

tizione delle prestazioni eseguite, essendo la prima presupposto necessario per poter esperire la seconda. Ciò significa che il diritto del creditore di chiedere la ripetizione delle prestazioni eseguite nasce conseguentemente alla declaratoria di nullità del titolo ²⁴⁸.

Va, tuttavia, precisato che, seppur strettamente collegate, le due azioni mantengono comunque ciascuna la propria tipicità, poiché il collegamento non incide in alcun modo sulla pretesa del creditore, venendo assorbita la disciplina della non doverosità della prestazione rispetto a quella dell'invalidità.

È noto che l'azione di ripetizione conseguente alla dichiarazione dell'invalidità della pattuizione commissoria e dei contratti ad essa collegati è soggetta al termine di prescrizione di dieci anni (arg. ex art. 2946 cod. civ.). Da ciò deriva un indubbio svantaggio per il creditore, il quale, decorso il termine anzidetto, non sarà più legittimato ad esperire la domanda volta alla richiesta delle somme corrisposte al debitore sulla base del contratto di finanziamento. D'altra parte, la situazione per il debitore si presenta sicuramente più favorevole, potendo lo stesso proporre l'azione di rivendica una volta accertata l'inesistenza della causa di attribuzione del bene al creditore che ha stipulato la convenzione, conseguente alla declaratoria di nullità della stessa.

In definitiva, se la disciplina della ripetizione dell'indebito, da un punto di vista temporale, appare svantaggiosa per il debitore che dovrà restituire le somme prese in prestito indipendentemente dalla stipulazione dichiarata nulla, da un punto di vista economico, quest'ultimo dovrà restituire quanto ricevuto secondo la disciplina della ripetizione dell'indebito, senza dover corrispondere gli interessi convenzionali ²⁴⁹. Ed infatti, la disciplina di cui agli artt. 2033 e ss. cod. civ., che regola l'obbligazione restitutoria, presenta delle peculiarità rispetto alle regole generali in ambito di adempimento del rapporto obbligatorio. Precisamente, assume particolare rilievo la posizione soggettiva del debitore nel momento in cui riceve la prestazione ai fini della determinazione della somma oggetto dell'obbligazione restitutoria. In proposito, l'art. 2033 c.c. prevede che i frutti e gli interessi siano dovuti dal giorno del pagamento se questi era in mala fede, altrimenti dal giorno della domanda. Pertanto, la normativa *de qua* attribuisce una tutela rilevante al debitore in buona fede, il quale è tenuto alla restituzione degli interessi esclusivamente al momento in cui il credi-

²⁴⁸ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 300 ss.

²⁴⁹ E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 573.

tore esperisce la correlativa azione giudiziaria. Epperò, nell'ipotesi in cui il debitore venisse ritenuto in buona fede, si verrebbe a creare una situazione gravosa per il creditore, che, oltre a non ricevere tutte le tutele previste, acquisirebbe la restituzione del debito senza gli accessori, i quali, con tutta probabilità, costituivano la ragione principale per la quale aveva stipulato la convenzione ²⁵⁰.

Occorre, allora, stabilire con esattezza se il debitore che ha posto in essere il patto commissorio era in mala o in buona fede nel momento in cui ha prestato la garanzia, ai fini dell'applicazione della disciplina relativa al decorso degli interessi di cui all'art. 2033 c.c.

In tale ottica, è stata avanzata la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 2743 c.c. ²⁵¹ con riferimento all'ipotesi del c.d. patto commissorio autonomo. In particolare, è stato osservato che la norma citata legittima il creditore a domandare al debitore la prestazione di un'idonea garanzia o, in mancanza, a pretendere l'immediato pagamento del debito, nel caso in cui il bene oggetto della garanzia si deteriori o perisca completamente, al punto tale da essere totalmente insufficiente a soddisfare il creditore ²⁵².

In realtà, tale soluzione non appare convincente, in quanto l'applicazione della disposizione in esame, da un punto di vista pratico, non produce effetti rilevanti, poiché il creditore risulterà comunque legittimato, in conseguenza della dichiarazione di nullità della pattuizione commissoria e dei negozi ad essa collegati, a chiedere la restituzione immediata della somma prestata secondo la disciplina della ripetizione dell'indebito. Per cui, sono state avanzate soluzioni differenti.

Con specifico riguardo al problema dell'individuazione della buona fede del debitore, un primo indirizzo dottrinale ha ravvisato quest'ultima nell'ignoranza dell'inesistenza di un diritto in capo al debitore di ricevere il pagamento ²⁵³. Secondo tale indirizzo, occorre quindi spostare l'attenzione sul piano probatorio, fermo restando l'estrema difficoltà per il creditore di provare la mala fede del debitore, considerato che si dovrà comunque applicare la regola

²⁵⁰ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 443.

²⁵¹ In proposito, l'art. 2743 c.c. dispone che: "qualora la cosa data in pegno o sottoposta a ipoteca perisca o si deteriori, anche per caso fortuito, in modo da essere insufficiente alla sicurezza del creditore, questi può chiedere che gli sia prestata idonea garanzia su altri beni e, in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del suo credito".

²⁵² E. Roppo, *La Responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 573.

²⁵³ Cfr. P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1976, 1233; nonché A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 307.

generale contenuta nell'art. 1147 c.c., a tenore del quale la buona fede si presume.

Altra parte della dottrina, invece, si è mostrata contraria ad ammettere l'applicabilità della ripetizione dell'indebito nella disciplina in commento, atteso che nella normativa in materia di ripetizione dell'indebito non rileva la buona o mala fede del debitore, alla quale è attribuito un rilievo autonomo²⁵⁴.

17. – Tirando le fila del discorso, non v'è dubbio che gli ultimi anni siano stati connotati dal proliferare di voci dottrinarie tese a sottrarre alle maglie strette dell'art. 2744 cod. civ. i trasferimenti a scopo di garanzia, almeno quando risultino contemplati meccanismi convenzionali di bilanciamento tra il valore del credito garantito ed il bene oggetto della garanzia. In tale direzione, si colloca la direttiva n. 2002/47/CE (attuata nel nostro ordinamento con il d. lgs. 21 maggio 2004 n. 170), sui contratti di garanzia finanziaria, che ha escluso espressamente l'applicabilità del divieto del patto commissorio ai contratti finanziari che prevedano il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ove volti a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino nelle categorie tassativamente elencate. Anche in questo senso, l'illiceità dell'operazione risulta sancita non già dalla funzione di garanzia, bensì dal pericolo per il debitore di perdere la proprietà di un bene che possieda un valore di gran lunga superiore rispetto all'ammontare del credito. Ne deriva che l'ammissibilità del trasferimento a scopo di garanzia (disposta espressamente dallo stesso legislatore) dipende dalla presenza e dall'operare di una regola che stabilisce l'equivalenza tra il valore della garanzia legittimamente trattenibile dal creditore e l'entità del credito garantito, attribuendo di fatto al trasferimento la sola (o preminente) funzione di consentire al creditore la gestione diretta delle conseguenze dell'inadempimento del debitore.

Analogo ridimensionamento alla portata del disposto dell'art. 2744 c.c. deriva dall'art. 28, § 4, dir. 2014/17/UE in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali. Tale disposizione stabilisce che gli Stati membri «*non impedisc(a)no alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il creditore*»,

²⁵⁴ A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, cit., 447.

così sdoganando «il pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione»²⁵⁵.

Diversamente dal legislatore francese, la cui riforma del 2006 ha sortito l'abrogazione degli artt. 2078 e 2088 *Code Civil* e la correlata eliminazione del divieto del patto commissorio²⁵⁶, il legislatore italiano ha contemplato, negli ultimi anni, diverse fattispecie idonee ad agevolare l'accesso al credito da parte degli operatori del mercato, offrendo al creditore l'escussione della garanzia atipica svincolata dalle lentezze del processo esecutivo. Basti pensare, al riguardo, all'ipotesi introdotta dalla legge 2 aprile 2015, n. 44, in tema di prestito vitalizio ipotecario a favore di persone fisiche di età superiore ai sessant'anni. L'attuale testo dell'art. 11-*quaterdecies*, comma 12°, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 (*"Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria"*) permette al finanziatore, ove il prestito non sia rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi ivi indicati, di vendere egli stesso l'immobile dato in garanzia ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dalla medesima parte mutuante, e di trattenere le somme ricavate per estinguere il credito vantato restituendone l'eccedenza.

Da ultimo, la riforma di cui al d.l. n. 59/2016, con le novità introdotte, consente di affermare che nel nostro ordinamento è ormai ammessa l'autotutela esecutiva ad opera del creditore garantito, in presenza di correttivi volti ad evitare l'ingiustificato arricchimento di quest'ultimo²⁵⁷. Una simile tesi appare

²⁵⁵ Il rilievo è di S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/CE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 195.

²⁵⁶ Parallelamente, all'interno del codice civile francese sono state introdotte una serie di disposizioni che hanno consentito la stipulazioni di molte convenzioni che, attraverso una serie di cautele, hanno evitato l'ingiustificato arricchimento del creditore, il cui mancato rispetto legittimerebbe l'esercizio dell'azione di nullità posta nel solo interesse del debitore. Per la verità, già prima della suddetta Riforma si è avuto in Francia lo sviluppo di una legislazione che ha ammesso generalmente forme di alienazioni in garanzia, strutturate in modo tale che il creditore non riesca ad appropriarsi del bene di proprietà del debitore che abbia un valore di gran lunga superiore al proprio credito. In argomento, cfr. C. Agabiti, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di patto commissorio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 136.

²⁵⁷ Coglie nel segno la lettura di chi afferma che il diritto vivente si muove nel senso di un superamento della visione del divieto del patto commissorio quale «spirale onnivora». In questi termini, v. A. Monti, nota a Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza sui diversi orientamenti.

in linea, d'altronde, con assunti interpretativi già presenti nel dibattito scientifico²⁵⁸, che pongono l'accento sul controllo della proporzionalità del rapporto garantito rispetto al rapporto principale. Benché, come pure è stato osservato dagli interpreti, detto principio di proporzionalità non riesca a proteggere gli eventuali altri creditori che vedrebbero diminuita la garanzia generica di cui all'art. 2740 cod. civ.²⁵⁹.

Ora, sul punto, sembra più giusto ritenere che la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio resti unicamente quella di tutelare il debitore quale parte debole del rapporto obbligatorio; non potendo più riconoscersi, invece, una tutela anche nei confronti della *par condicio creditorum*, stante i numerosi istituti introdotti nel nostro ordinamento, che prevedono forme di autotutela esecutiva ad opera del creditore garantito, così realizzando il soddisfacimento preferenziale di quest'ultimo. In altri termini, se è certo che il divieto del patto commissorio assicura una garanzia anche agli altri eventuali creditori, è altrettanto vero che tale garanzia non rappresenta più una *ratio* del divieto in questione, essendo ormai superato il presupposto della *par condicio creditorum*.

Occorre, comunque, mantenere e difendere il divieto di cui agli artt. 2744 e 1963 cod. civ., quale baluardo di giustizia per il debitore da tutte quelle ipotesi di approfittamento da parte del creditore; senza con ciò sostenere alcuna battaglia di retroguardia con riguardo agli interventi legislativi più recenti e ai principi oramai consolidati in dottrina ed in giurisprudenza.

Il panorama normativo contemporaneo rivela, dunque, un *favor* nei confronti di forme convenzionali di attuazione coattiva del credito da parte del titolare della pretesa, che rende del tutto inattuale l'osservazione con cui esordiva l'asciutta trattazione della materia di Cesare Vivante, secondo cui «il patto commissorio, così utile alla rapidità delle transazioni, ma altrettanto pericoloso pel debitore, è proibito generalmente dai codici vigenti, sia civili che commerciali»²⁶⁰.

²⁵⁸ Al riguardo, *cf.* F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 312 ss.

²⁵⁹ *Cfr.*, in proposito, S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/CE*, cit., 198, secondo cui si registrerebbe così un indebolimento del principio della *par condicio creditorum*.

²⁶⁰ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale, IV, Le obbligazioni*, Milano, 1926, 281.