

Alienazioni a scopo di garanzia

1. Le alienazioni a scopo di garanzia e il divieto del patto commissorio

Il tema delle alienazioni a scopo di garanzia evoca problematiche risalenti, e discussioni ancor oggi tutt'altro che sopite.

Argomenti di ordine dogmatico e dati di diritto positivo hanno variamente allentato atteggiamenti di sostanziale «chiusura» (o quanto meno di «diffidenza»)¹ 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 proprietà (e, dunque, di alienazioni *di cose*)².

Quanto ai primi (ossia, gli argomenti di ordine dogmatico), alla difficoltà ad ammettere una «proprietà *fiduciaria*»³ – in quanto proprietà «temporanea» (e dunque tale, in ipotesi, da non consentire all'acquirente/creditore, nel periodo in cui sussista l'incertezza circa l'adempimento o meno del rapporto garantito, l'esercizio dei poteri normalmente inerenti al diritto dominicale), essenzialmente diversa dallo schema «tipico» previsto dal legislatore⁴, è stata (specie in passato)

Questo capitolo è di Giovanni D'Amico.

¹ Di «diffidenza» discorre F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 361.

² Diverso, come si vedrà, è l'atteggiamento che la prassi, assecondata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ha invece assunto nei confronti della cessione *di crediti* a scopo di garanzia, operazione generalmente ammessa (e praticata). Il che si spiega tanto per l'inesistenza, in questo caso, di quegli ostacoli di ordine «dogmatico» che solitamente vengono evocati quando si discorre dei trasferimenti a scopo di garanzia aventi ad oggetto (la proprietà di) «beni», in particolare il (supposto) principio del *numerus clausus* dei diritti reali; quanto per la non riferibilità (almeno in via diretta) alla cessione dei crediti della norma dell'art. 2744 c.c. (da sempre costituente il principale ostacolo «normativo» all'ammissibilità di trasferimenti in funzione di garanzia), e per l'esistenza all'opposto di più di un indice normativo che sembrerebbe invece presupporre la legittimità di una cessione con siffatta finalità.

³ Tale dovendosi considerare la «proprietà» trasferita all'acquirente/creditore, e destinata a venir meno al verificarsi dell'adempimento del debito garantito (salvo a discutersi se questo «venir meno» sia conseguenza dell'operare «retroattivo» di una condizione risolutiva, ovvero dipenda da un obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario al verificarsi dell'adempimento).

⁴ Così violandosi il (supposto) principio di *numerus clausus* dei diritti reali, o, se si vuole, il principio, della «tipicità» del contenuto di tali diritti.

solitamente affiancata la considerazione della *insufficienza* della «causa» di garanzia a «supportare» un trasferimento della proprietà⁵.

Nessuno dei due argomenti è veramente decisivo.

Non si vede, per es., perché una funzione di «garanzia» non possa giustificare un trasferimento *temporaneo* della proprietà⁶ (quale è quello che viene in gioco nelle fattispecie in esame); mentre, per converso, quando la funzione di garanzia viene meno (o, meglio, si *realizza*, in conseguenza dell'intervenuto inadempimento del rapporto garantito da parte del debitore, che determina il «consolidamento» della proprietà del bene in capo all'acquirente/creditore), l'*effetto traslativo* – divenuto ormai *definitivo* (e non più precario e temporaneo, come era in precedenza) – non trova più (con tutta evidenza) il suo fondamento nella «causa di garanzia», ma piuttosto in una *causa solvendi*, fin dall'inizio contenuta nell'accordo con il quale le parti hanno accettato che l'adempimento della prestazione dovuta possa essere «sostituito» (appunto) con il (consolidarsi, in capo al creditore, del) trasferimento del bene. In fondo – come del resto è stato più volte evidenziato – si tratta, né più né meno (salvo il diverso congegno tecnico)⁷, dell'esito al quale si potrebbe mettere capo convenendo sin dall'inizio il sorgere di una obbligazione *facoltativa* (ove la «prestazione» in *facultate solutionis* sia, appunto, costituita dal trasferimento della proprietà di un certo bene del debitore), ovvero regolando *ex ante* una *datio in solutum* (ammesso che detta ipotesi sia veramente diversa da quella della obbligazione facoltativa, or ora evocata)⁸.

Principio che risulterebbe violato anche ove – volendo porre la questione nella prospettiva (non del diritto di proprietà, bensì) dei «diritti di reali di garanzia» – si debba ammettere che la «garanzia reale» acquisita dal creditore che benefici *a questo fine* (e sia pure – in ipotesi – solo *momentaneamente*) del trasferimento *della proprietà* del bene, è una «garanzia» ben diversa da quelle tipiche (pegno, ipoteca).

⁵ Cfr. per l'impostazione (classica) evocata nel testo la magistrale formulazione che ne ha fornito S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 298 ss., poi in S. Pugliatti, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 334 ss.

Per una riedizione dell'assunto della incompatibilità tra vicende traslative e funzione di garanzia cfr., nella dottrina più recente, in particolare F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, spec. pp. 303 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, spec. pp. 88 ss., e U. La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, pp. 146 ss.

⁶ Si fa, qui, evidentemente riferimento ad ipotesi di trasferimenti in garanzia *immediatamente efficaci*.

⁷ Che incide, in particolare, sul momento in cui si verifica l'effetto traslativo.

⁸ L'aspetto segnalato nel testo è ben messo in evidenza da Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 89, laddove l'autore sottolinea che l'essenza della stipulazione commissoria può sintetizzarsi nella «predisposizione di una modalità di estinzione alternativa e secondaria del credito mediante il trasferimento (passaggio) al creditore della proprietà della cosa costituita in pegno o oggetto di ipoteca: tale effetto traslativo, *in funzione satisfattiva*, è programmato e stabilito già prima del verificarsi dell'inadempimento, al momento della costituzione della garanzia (...) Si tratta di una regolamentazione *ex ante* della fase patologica del rapporto obbligatorio: questo è, all'essenza, il fenomeno negoziale cui la legge disconosce validità» (corsivi aggiunti).

La spiegazione del disconoscimento di validità al patto commissorio, nonostante le segnalate *analogie* con gli istituti richiamati nel testo, sta ovviamente nei profili che, per altro verso, differenziano il primo dai secondi. E, così, l'obbligazione che contempra *in facultate solutionis* il trasferimento di un bene non prevede un'*automaticità* di un tale effetto (quale invece è insita nel meccanismo del patto commissorio), ma affida l'effetto traslativo ad un comportamento *successivo* del debitore (e ad una successiva possibilità di *ponderazione* da parte sua); e lo stesso si dica per la *datio in solutum*. In entrambi i casi si allontana il dubbio che il trasferimento sia la conseguenza di una scelta poco meditata (o sostanzialmente priva di alternative) fatta dal debitore

Ma non maggiormente persuasivo risulta essere anche l'altro argomento di tipo «dogmatico», quello che si vorrebbe desumere dal (supposto) principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, in particolare intendendo un tale principio come ostativo della possibilità 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 *dominus*. E, invero, la possibilità (in generale) di apporre al negozio traslativo della proprietà di un bene una condizione risolutiva (ma il discorso non cambia – se non per l'individuazione del soggetto titolare del diritto «condizionato» – ove si ragioni in termini di condizione sospensiva) dovrebbe essere sufficiente a far riconoscere che è *lo stesso legislatore* ad avere ammesso una «proprietà» («risolubile» o, più in generale, «condizionata»), che non consente evidentemente al suo titolare l'esercizio «pieno» delle facoltà che normalmente ineriscono al diritto dominicale. E, pertanto, il principio del *numerus clausus* – ammesso che gli si riconosca cittadinanza nel nostro ordinamento – non sarebbe nemmeno violato nelle fattispecie di alienazioni a scopo di garanzia.

Quando dunque si conclude che l'inammissibilità del «patto commissorio autonomo» ad efficacia traslativa immediata⁹ sussiste (e può essere affermata) *indipendentemente* dall'esistenza di una disposizione quale l'art. 2744 c.c.¹⁰, e dall'*esplicito divieto del c.d. patto commissorio*¹¹ ivi contenuto, si fa probabilmente un'affermazione che è destinata a risultare scarsamente persuasiva.

in un momento di particolare debolezza (segnato dalla necessità di procurarsi la liquidità di cui in ipotesi egli abbia bisogno).

⁹ Che è quello, si ripete, al quale si riferiscono le precedenti osservazioni.

¹⁰ E, dunque, basando la predetta conclusione sui richiamati argomenti «dogmatici», fondati sulla causa di garanzia e sul *numerus clausus*.

¹¹ Com'è noto, la denominazione del patto in esame deriva dal diritto romano, nel quale in origine la c.d. *lex commissoria* (clausola che poteva essere inserita in tutti i contratti a prestazioni corrispettive, ma che era frequente soprattutto nel *pignus*; nella *fiducia cum creditore* – strumento più antico utilizzato a scopo di garanzia, e consistente nell'alienazione di una cosa fatta al creditore con il *pactum fiduciae* che obbligava quest'ultimo a restituire la cosa se il debitore avesse adempiuto al proprio debito – la *lex commissoria* era un elemento che ineriva al contenuto stesso del negozio, e non dunque una clausola eventuale dello stesso, come nel *pignus*) autorizzava il creditore a trattenere in proprietà la cosa (ricevuta in pegno), qualora il debitore non avesse adempiuto alla propria obbligazione.

Successivamente si registrò un'evoluzione della *fiducia cum creditore*, alla quale si cominciò a considerare inerente non tanto l'anzidetta facoltà per il creditore (in caso di inadempimento del debitore) di trattenere senz'altro la cosa che gli era stata alienata (facoltà che adesso – come nel *pignus* – veniva subordinata all'introduzione nel contratto di una specifica clausola contemplante la *lex commissoria*), ma piuttosto un *pactum vendendi* (ossia la facoltà del creditore di vendere la cosa e di trattenerne il prezzo, *ma solo sino a concorrenza dell'ammontare del credito*, e con l'obbligo quindi di restituire al fiduciante l'eventuale eccedenza), divenuto a quel punto un effetto naturale della *fiducia cum creditore*.

La permanente liceità della *lex commissoria* (ossia della pattuizione legittimante il creditore a trattenere in proprietà il bene, *anche se di valore superiore al credito inadempito*) – pur subordinata, ora, alla necessità dal suo esplicito inserimento come clausola contrattuale – venne meno nel 324 d.C., in seguito ad un famoso editto dell'imperatore Costantino, contenuto nel *Codex Theodosianum*, che si uniformava ai nuovi orientamenti etico-religiosi che riprovavano approfittamenti usurari (che si supponeva potessero celarsi dietro il patto commissorio).

Ed è proprio per tener conto del divieto (e per rispettarne la finalità di salvaguardare il debitore da possibili abusi), ma al contempo cercando di soddisfare anche le esigenze del creditore, che la prassi elaborò vari tipi di pattuizioni, tra le quali il famoso «patto marciano» (dal nome del giurista Elio Marciano, vissuto tra il II e il III secolo d.C., al quale – a quanto sembra – si deve la formulazione del patto).

Il divieto del «patto commissorio» (venuto meno durante l'età di mezzo, nel corso della quale esso fu comunque costantemente ribadito dal diritto canonico) è stato ripreso, in epoca moderna,

Tant'è vero che, per lungo tempo, la giurisprudenza – premessa la (pacifica) inapplicabilità dell'art. 2744 c.c. (non solo in via di interpretazione estensiva, ma anche in via di applicazione analogica) ai trasferimenti *immediatamente traslativi*¹² – ha ritenuto¹³ sottratti i trasferimenti suddetti al divieto del patto commissorio¹⁴.

da numerose codificazioni (dal *Code civil* francese al *BGB* tedesco, al *codigo civil* spagnolo, allo *ZGB* svizzero, sino al più recente *BW* olandese), il che conferma l'esistenza di un *problema* che non è confinabile all'impostazione di pochi ordinamenti giuridici (per qualche ulteriore considerazione sul punto, v. quanto si dirà – sia pur sinteticamente – nel paragrafo conclusivo).

Per la ricostruzione storica, sopra succintamente richiamata, v. da ultimo N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 35 ss. (al quale si fa rinvio anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina romanistica).

¹² Applicabilità, invece, ben presto riconosciuta (dapprima attraverso il ricorso al procedimento analogico, ma successivamente postulando anche un'applicabilità *diretta* dell'art. 2744 c.c., mercé una semplice interpretazione *estensiva* dello stesso) con riferimento alle alienazioni in garanzia (di beni «liberi», ossia non oggetto di pegno o ipoteca) *sospensivamente condizionate* all'inadempimento del debitore.

¹³ Seguendo le indicazioni di una parte della dottrina: cfr. D. Rubino, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, rist. 1971, pp. 1027 ss., e P. Greco e G. Cottino, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, rist. 1972, pp. 275 ss.

¹⁴ Si errerebbe, tuttavia, se si pensasse che l'orientamento giurisprudenziale in questione implicasse un riconoscimento della ammissibilità di alienazioni *a scopo di garanzia* (purché realizzate nella forma del trasferimento *immediatamente efficace*).

Anche la giurisprudenza anteriore alla «svolta» del 1983 (v. *infra*), invero, negava cittadinanza alle «alienazioni a scopo di garanzia», ma essa assumeva (in buona sostanza) che quando il trasferimento della proprietà fosse convenuto come *immediato* (e non subordinato all'«inadempimento» del debitore/venditore) un (generico) scopo di garanzia che pur fosse ravvisabile nella convenzione tra le parti non andasse al di là dei meri *motivi* (come tali, irrilevanti), e non toccasse la «causa» dell'operazione, che rimaneva una causa «di scambio».

Solo se l'*immediata efficacia* del trasferimento (attuato, per es., attraverso lo schema della vendita con patto di riscatto) fosse risultata essere *fittizia* – e dunque l'alienazione risolutivamente condizionata fosse riconoscibile come *simulante* un rapporto (reale) di finanziamento, a fronte del quale la successiva restituzione del «prezzo» da parte del venditore più che adempimento di un «onere» (necessario per esercitare il «diritto» di riscatto) si palesasse quale adempimento della suddetta obbligazione *ex mutuo* – si sarebbe potuto dire che la «vendita» era in realtà inesistente (*ergo*: simulata) perché l'effettiva volontà delle parti era quella di trasferire il bene (non per attuare una causa di scambio, bensì) *per garantire* la restituzione della somma che il venditore aveva ricevuto (in realtà) *a titolo di mutuo*, e non di «prezzo».

Il punto debole di questa impostazione – come aveva messo in luce la più attenta dottrina (v., per es., U. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 212 ss., 215 e nota 135, 217 ss. e nota 141) – era nella «deformazione» (se è lecito usare questo termine) della «tecnica della simulazione» da parte dei giudici, nel senso che in molte delle fattispecie esaminate il trasferimento immediato non era affatto «simulato» (sebbene i giudici pervenissero a questa conclusione, ammettendo per es. con larghezza la prova testimoniale delle controdeklarazioni e soprattutto ricorrendo ampiamente allo strumento delle presunzioni), e quella che in realtà i giudici effettuavano era una ricostruzione «sostanziale» dei rapporti tra le parti e delle effettive situazioni di interessi tra le stesse (superando le «forme» adoperate dai contraenti).

Sotto questo profilo, il *révirement* realizzato con la sentenza n. 3800 del 1983 e soprattutto, poi, con le pronunce delle sezioni unite del 1989 (su cui v. subito *infra*), servirà soprattutto a rendere non più necessario il ricorso alla «tecnica della simulazione» (e alle connesse «forzature», di cui si è appena detto), potendo l'analisi essere condotta *direttamente* sulla *causa in concreto* dell'*alienazione risolutivamente condizionata*, riconoscendosi che anche nel caso di efficacia immediata del trasferimento è possibile che la «causa di scambio» risulti (nella concreta operazione posta in essere) soppiantata da una «causa di garanzia», che appaia come la ragione prevalente (se non esclusiva) del trasferimento del bene.

È vero, tuttavia, che la *ratio* (o meglio: le *rationes*) che la stessa giurisprudenza (sulla scorta, peraltro, di autorevoli indicazioni dottrinali)¹⁵ da sempre ha individuato quale fondamento del divieto del patto commissorio *per come positivamente disciplinato dall'art. 2744 c.c.* (ossia l'esigenza di tutelare il debitore pressato dal bisogno di liquidità¹⁶ e, al contempo, di tutelare i creditori chirografari diversi dal beneficiario del patto), è una *ratio* che apriva (e apre) di per sé la strada all'*ulteriore* estensione del divieto anche al trasferimento commissorio risolutivamente condizionato¹⁷, non riuscendosi proprio a vedere quale differenza significativa possa

Lo strumento della simulazione (che pur continua, nei casi pertinenti, a poter essere utilizzato) cede, allora, in linea di massima, il posto ad un diverso strumento di controllo della causa del contratto, maggiormente idoneo (perché proprio a questo fine previsto dal legislatore) a colpire e a «superare» le «forme» utilizzate dai contraenti, quando dette «forme» non si presentino conformi alla reale sostanza economica dei loro rapporti (il riferimento è, ovviamente, alla tecnica della frode alla legge, e alla sanzione della nullità per essa prevista dall'art. 1344 c.c.; su cui sia consentito il rinvio anche a G. D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, *passim*).

¹⁵ Cfr., in particolare – fra i tanti sostenitori di questa posizione – F. Carnelutti, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pp. 817 ss., e Pugliatti, *Precisazioni*, cit., 316.

¹⁶ Si sente sovente ripetere che individuare la *ratio* (o: una delle *rationes*) del divieto del patto commissorio nell'esigenza di *tutela dell'interesse individuale del debitore* non si concilierebbe con la natura della sanzione prevista, ossia la nullità, presupponendo quest'ultima la ricorrenza di un *interesse generale* (per questo diffuso e risalente argomento si vedano, fra gli altri, gli autori citati da U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 500 e nota 8).

L'obiezione non sembra tuttavia cogliere pienamente nel segno, non solo e non tanto perché anche all'epoca del codice del 1942 si conosceva già qualche (sia pur sporadica) figura di quella che oggi chiameremmo «nullità di protezione», quanto piuttosto perché essa si fonda su un'assunzione puramente dottrinale (se pur coonestata dall'osservazione di un *quid* che è predicabile nella maggior parte dei casi di nullità; *ma non in tutti*, è questo il punto!), destinata come tale ad avere un qualche effetto *nelle ipotesi di nullità virtuale* (e cioè quando sia l'interprete a dover «costruire» la nullità sulla base della «direttiva» fornita dal comma 1 dell'art. 1418 c.c.), *ma non certo nelle ipotesi di nullità testuale* (qual è quella di cui stiamo parlando), che lasciano *al legislatore* una libertà pressoché illimitata di ricollegare il rimedio invalidatorio in questione (ossia, la nullità) alle fattispecie più disparate, e, in particolare, anche a fattispecie in cui non venga in rilievo la esigenza di tutela di un *interesse generale* (e si veda, in proposito, quanto scrive Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*³, II, Torino, 2004, p. 524, dove si osserva che «Il legislatore ha sempre distribuito la nullità e il potere di annullamento con un ritmo un po' casuale. Il patto commissorio è nullo, il patto attraverso cui si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo, il patto di quota lite è nullo, e tutto ciò perché si teme che quei patti siano conclusi da un soggetto non in grado di scegliere, e che perciò sottostà ad un abuso. Invece se il contraente è in stato di bisogno o di pericolo, non essendo in grado di scegliere, subisce un abuso, gli viene offerto un potere di rimuovere il contratto mediante la rescissione...»; corsivo aggiunto).

Né risulta convincente l'obiezione mossa alla seconda specificazione giurisprudenziale della *ratio* del divieto del patto commissorio – (obiezione) secondo la quale l'interesse degli *altri creditori* a non veder depauperato il patrimonio del debitore (e ad evitare che uno di essi possa ottenere più del valore del proprio credito) sarebbe comunque tutelato dall'azione revocatoria (cfr., per es., C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 215). È agevole replicare che non c'è niente di strano o di singolare nell'immaginare che il legislatore possa aver voluto rafforzare questa esigenza, sancendo senz'altro la *radicale e originaria nullità* di un atto che reca in sé *l'assai alta probabilità* (viste le presumibili condizioni in cui versa il debitore che abbia dovuto subire un'alienazione a scopo di garanzia) di risultare pregiudizievole per le ragioni di codesti (altri) creditori.

¹⁷ Questa ulteriore estensione si è avuta con la notissima pronuncia resa da Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di F. Macario. Successivamente il nuovo indirizzo ha avuto l'avallo delle sezioni unite: cfr. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428, con nota di V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e c. 1440, con nota di F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, seguita a distanza di pochi giorni da Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821, con

marcare – rispetto a queste asserite finalità del divieto – il momento temporale in cui sia previsto il passaggio della proprietà (soprattutto considerando la circostanza che, anche nel caso di trasferimento commissorio risolutivamente condizionato, il momento in cui l'attribuzione patrimoniale diventa *definitiva* – che è quello in ultima analisi decisivo – è pur sempre coincidente con l'inadempimento del debitore)¹⁸.

E, se nel caso del patto commissorio sospensivamente condizionato l'effetto pratico (che giustifica il divieto) è sostanzialmente assimilabile alla creazione di un «patrimonio separato» (destinazione di uno o più beni al soddisfacimento delle ragioni di alcuno/i soltanto dei creditori), lo stesso – a ben vedere – si può ripetere per il patto commissorio con efficacia traslativa immediata. È vero che in quest'ultima ipotesi il bene esce dalla sfera patrimoniale del debitore (e, dunque, non si può – formalmente – parlare di creazione di un «patrimonio separato»); ma – se si guarda, ancora una volta, alla sostanza delle cose –, *qualora l'alienazione abbia effettivamente uno scopo di garanzia*, è evidente che anche in tal caso l'effetto pratico è non diverso da quello che conseguirebbe alla destinazione del bene al soddisfacimento di un determinato creditore (e ciò indipendentemente dal fatto che si pattuisca – come, peraltro, sovente accade – la permanenza del bene nella disponibilità *materiale* dell'alienante/debitore, che continua ad usarlo)¹⁹.

nota di M. Costanza, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, e in *Foro it.*, 1990, I, c. 205, con nota di G. Valcavi, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia, al negozio fiduciario*.

Ha probabilmente influito sul *révirement* giurisprudenziale – pur non costituendone, forse, la ragione principale – anche la circostanza che il precedente indirizzo apriva la porta ad una agevole possibilità di sottrarsi alla sanzione dell'art. 2744 c.c. ponendo in essere *finte* vendite *immediatamente* traslative (in realtà, celanti trasferimenti ad efficacia differita), con tutte le difficoltà di dimostrare la simulazione. Per il che, assai spesso, i giudici erano costretti – come già sopra abbiamo ricordato – a ricorrere a «presunzioni», e comunque a «forzare» le regole sulla prova della simulazione, con ciò in ultima analisi pervenendo in pratica al risultato di colpire (con la nullità) anche fattispecie in cui il trasferimento immediato risultava effettivamente voluto dalle parti.

Non c'è dubbio che in tal modo emergeva anche tutta l'artificiosità del *discrimen* (tra trasferimenti commissori «leciti» e «illeciti») individuato nel suddetto carattere immediato o differito del trasferimento della proprietà.

Il merito del nuovo indirizzo giurisprudenziale (che ha radicalmente eliminato la rilevanza – *come tale* – della distinzione tra trasferimenti sospensivamente condizionati e trasferimenti risolutivamente condizionati, nel senso di non escludere *a priori* che anche un'alienazione immediatamente efficace, e non simulata, possa porsi in contrasto con il divieto del patto commissorio) è consistito, allora, non solo nel consentire di evitare le difficili questioni che in precedenza si ponevano (in tema specialmente – come già detto – di prova della simulazione), ma soprattutto di concentrare l'attenzione sulla questione veramente importante, e cioè se all'alienazione (immediatamente efficace) in concreto posta in essere (di volta in volta attraverso una vendita con patto di riscatto o una vendita con patto di retrovendita o un *sale and lease back*, e così via) debba/possa attribuirsi carattere «elusivo» del divieto di cui all'art. 2744 c.c., in quanto alienazione *conclusa per un esclusivo scopo di garanzia* (con conseguente applicazione della sanzione della nullità, se pur attraverso la mediazione della norma di cui all'art. 1344 c.c.).

¹⁸ Lo stesso si dica per quelle «varianti» della tesi tradizionale, che individuano la *ratio* del divieto del patto commissorio nel «principio di ordine pubblico economico (...) che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito» (così, per es., Carnevali, *Patto commissorio*, cit., pp. 501, 503-504).

¹⁹ La riprova del carattere non meramente «evocativo» del richiamo (anche in questo caso) alla figura del «patrimonio separato» si ha pensando alla possibilità che la costituzione di una garanzia (reale) «atipica» (avente ad oggetto un determinato o determinati beni) avvenga (oggi) attraverso la costituzione di un *trust* (per la quale ipotesi v. le considerazioni che svolgiamo, sia pur sinteticamente,

Si comprende, allora, la «diffidenza» (cui si è fatto cenno in esordio del discorso) che ha sempre circondato le stipulazioni «commissorie», e anche l'ampiezza che dottrina e (soprattutto) giurisprudenza generalmente tendono ad attribuire al relativo divieto²⁰.

Non a caso anche chi – nella dottrina più recente – ha sostenuto la tesi della validità del patto commissorio autonomo (e senza distinzione tra accordi sospensivamente ovvero risolutivamente condizionati)²¹ lo ha fatto nell'ambito di una peculiare impostazione, secondo la quale il suddetto patto – inteso come trasferimento collegato alle sorti di un rapporto obbligatorio – *non potrebbe comunque avere* nel nostro ordinamento una *funzione di garanzia*, mentre esso può svolgere altre funzioni, per es. di tipo creditizio o di tipo solutorio²².

Secondo la dottrina in esame – se ne ricostruiamo correttamente il senso – il «patto commissorio autonomo» (quale diffusosi nella prassi) avrebbe (sempre) «una funzione diversa dalla (semplice) garanzia», ponendosi come alternativa alle conseguenze dell'inadempimento²³, ed è per questa ragione che 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.); laddove, invece, 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 alcuni principi del nostro ordinamento*²⁴.

Con il che anche questa impostazione finisce per concordare – per il profilo che qui interessa – con le conclusioni cui perviene l'orientamento prevalente²⁵.

nel paragrafo conclusivo del presente contributo), anche se in quest'ultima ipotesi entra in gioco il concetto di «segregazione» (più che quello di «separazione») patrimoniale.

²⁰ In aggiunta a quanto già osservato, si consideri che al trasferimento «commissorio» si può dire consegua un risultato che è (diverso, e) assai più incisivo della (mera) creazione di una nuova causa di prelazione (che comunque sarebbe vietata dal comma 2 dell'art. 2741 c.c.). Per effetto di esso – come è stato acutamente evidenziato – viene sostanzialmente annullata l'«alea» (del possibile mancato adempimento da parte del debitore) immanente alla posizione che taluno abbia di «creditore», con la conseguenza, che colui che – nel caso di specie – si presenta formalmente come tale (ossia come «creditore»), in realtà e nella sostanza non lo è affatto (cfr. O.T. Scozzafava, *Note in tema di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 855 ss., spec. 857, dove si afferma espressamente che il patto commissorio «è sostanzialmente inconciliabile con la struttura dell'obbligazione», e pp. 862 ss., 864, dove si legge che il patto commissorio «nella misura in cui dà al creditore la certezza di conseguire l'adempimento, snatura non soltanto la garanzia, ma anche il rapporto obbligatorio a cui esso è collegato. Sotto quest'ultimo aspetto, 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 istituto»).

²¹ Il riferimento è a F. Gliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997, *passim*.

²² *Ibidem*, pp. 200 ss.

Si capisce allora perché – così inteso – il «patto commissorio» non presenterebbe profili di contrasto con l'art. 2744 c.c., e, anzi, e più radicalmente, esso risulti affatto «estraneo» all'area di potenziale applicazione di detta norma.

²³ *Ibidem*, p. 124, nota 216 (corsivo aggiunto). Si noti come dall'affermazione citata sembra non escludersi del tutto che le stipulazioni commissorie possano avere una funzione (generica) di garanzia, sebbene questa funzione (secondo la dottrina in esame) non costituirebbe (mai) il profilo causale prevalente (e men che meno esclusivo) delle convenzioni in questione.

²⁴ *Ibidem*, p. 214 e nota 142 (corsivo aggiunto), dove si legge che l'inammissibilità deriva dal fatto che «l'interesse che un siffatto accordo atipico intenderebbe tutelare risulta già disciplinato mediante altri istituti diversamente regolati da norme inderogabili dell'ordinamento».

²⁵ Naturalmente, ciò lascia ferma la distanza di tale dottrina dall'impostazione tradizionale, in particolare laddove la dottrina *de qua* esclude che il patto commissorio *autonomo* abbia di per sé una funzione di garanzia (e quindi possa ricomprendersi nel divieto di cui all'art. 2744 c.c.). Ma, soprattutto, l'impostazione dell'autore in esame – e, in particolare, la *ratio* che egli individua a fondamento

2. Segue. La vendita con patto di riscatto

La *validità* dell'alienazione in garanzia non sembra poter essere affermata sulla base della presenza nel nostro ordinamento, per esplicita previsione legislativa, della figura della vendita con patto di riscatto.

Premesso che i limiti entro cui è possibile stipulare una (valida) vendita con patto di riscatto vanno tratti dal diritto positivo – attraverso una interpretazione (sistematica) *che tenga fra l'altro conto anche dei divieti ricavabili dagli artt. 2741 e 2744 c.c.*²⁶ – deve osservarsi, anzitutto, che già a prima vista non appare persuasiva l'affermazione alquanto diffusa che attribuisce alla vendita con patto di riscatto (considerata nel suo schema «tipico») una (possibile, se non coesistente) «funzione di garanzia», affermazione che talora giunge financo a ravvisare nella figura in esame addirittura il prototipo delle alienazioni *cavendi causa*²⁷.

E, invero, se si conviene che il concetto tecnico di «garanzia» presuppone la (pre-)esistenza di un rapporto obbligatorio «garantito»²⁸, allora deve riconoscersi che non tanto è vero che alla vendita con patto di riscatto inerisce *necessariamente* una funzione di «garanzia»²⁹, ma piuttosto è vero *solo* (e *al limite*) che tale tipo di operazione *potrebbe* (astrattamente) assumere anche questa funzione; ma esclusivamente a condizione (si badi bene) che il rapporto obbligatorio *preesista alla vendita medesima* e questa (accompagnata dalla clausola di riscatto) sia effettuata *prima della scadenza del debito*³⁰.

Se invece manchi un rapporto obbligatorio «principale» (preesistente), potrà

del divieto del patto commissorio (divieto che, per questa dottrina, si limita al patto commissorio *adietto*) – fanno sì che l'art. 2744 c.c. (che tale divieto sancisce) non possa essere utilizzato quale argomento (di diritto positivo) per dedurre un (più generale) divieto di *alienazioni in garanzia*, divieto che l'autore costruisce invece (fondamentalmente) sull'assunto della insufficienza/inidoneità della «causa di garanzia» a giustificare un trasferimento della proprietà.

Sotto questo profilo si comprende come la posizione dell'autore sia più rigida di quella della giurisprudenza, la quale invece – fondando il divieto di alienazioni in garanzia (prevalentemente) sul dato «positivo» dell'art. 2744 c.c. (v. *supra*) – ha (o potrebbe avere) minori difficoltà ad ammettere «alienazioni in garanzia» *quando esse si mostrino rispettose della ratio di cui all'art. 2744 c.c.*

²⁶ Onde sarebbe metodologicamente scorretto procedere assumendo, invece, *a priori* come inesistenti limiti siffatti, per poi argomentare da tale apodittico assunto la validità di una vendita con patto di riscatto *in funzione di garanzia*, e, a seguire, la validità *in generale* delle c.d. «alienazioni in garanzia» *anche attuate attraverso strumenti diversi*.

²⁷ Cfr. in tal senso, da ultimo, O.T. Scozzafava, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, spec. pp. 24 ss.

²⁸ Cfr., per es., Carnevali, *Patto commissorio*, cit., p. 504.

²⁹ Ritene, invece, che la vendita con patto di riscatto costituisca l'archetipo dei trasferimenti a scopo di garanzia, Scozzafava, *Note in tema di alienazione*, cit., pp. 16 ss. e 29 ss. (e ivi anche l'affermazione secondo la quale il patto commissorio «non esprime un principio generale, da cui possa desumersi che i trasferimenti a scopo di garanzia sono vietati»).

³⁰ Va peraltro aggiunto che non è affatto poi detto che, (pur) *in presenza di un rapporto obbligatorio («principale» e) preesistente*, la vendita con patto di riscatto possa senz'altro ricondursi ad uno «scopo di garanzia». Anzi, è piuttosto difficile immaginare (nella pratica) che il debitore acconsenta a fornire (in pendenza del termine dell'adempimento) una (c.d.) «garanzia» al creditore *sotto forma di un trasferimento commissorio*; e, ovementi il trasferimento di un bene (dal debitore al creditore) dovesse in tali circostanze avvenire, occorrerebbe verificare attentamente se la finalità di esso, anziché quella di fornire una (atipica) «garanzia» al creditore, non sia piuttosto una finalità «solutoria» (*datio in solutum*), sia pure accompagnata dalla previsione (col consenso della controparte) di un eventuale futuro «riscatto» del bene.

bensi riconoscersi nella vendita con patto di riscatto³¹ una funzione (generica) di *finanziamento*, e magari vedere nel trasferimento della proprietà un meccanismo *lato sensu* preordinato alla «garanzia» (in senso, anche qui, generico) della restituzione della somma oggetto di tale finanziamento, ma non si potrà postulare l'esistenza di una «garanzia» *in senso tecnico*, che presuppone (lo si ripete) un rapporto obbligatorio «principale» (che, nella vendita con patto di riscatto «vera», non è configurabile)³².

3. Segue. La cessione dei crediti a scopo di garanzia

Non contraddice la conclusione sin qui raggiunta la circostanza che, a fronte della sostanziale «chiusura» (che emerge dal quadro sin qui delineato) rispetto all'ammissibilità delle alienazioni (di beni) a scopo di garanzia (attratte variamente – e in maniera sempre più pervasiva – nell'orbita del divieto del patto commissorio)³³, sia dato riscontrare al contempo una (ormai consolidata) prassi interpretativa, che riconosce invece costantemente l'ammissibilità della cessione *di crediti* a scopo di garanzia³⁴.

La ragione della sottrazione di questa fattispecie all'operare del divieto di cui all'art. 2744 c.c. non è soltanto da ricercare in un dato letterale³⁵ (che sarebbe

³¹ Considerata in sé, ossia al di fuori di un collegamento con un rapporto obbligatorio preesistente.

³² Altro è, naturalmente, che la vendita (con patto di riscatto) sia *simulata*, ossia che essa nasconda un mutuo (rapporto principale), in relazione al quale il trasferimento della proprietà del bene (da parte del mutuatario) può ben configurare una funzione di «garanzia» (atipica) in senso tecnico (ove quello che apparentemente si presenta come un «onere» – collegato al c.d. «diritto» di riscatto – in realtà non è altro che l'«obbligo» del mutuatario di restituire la somma ricevuta in prestito).

Qui – sebbene il rapporto «principale» (mutuo) sia *contestuale* al trasferimento – da un punto di vista logico e *pratico* esso deve considerarsi come *preesistente* ad esso, ed è questa la ragione per la quale il trasferimento assume allora una funzione di «garanzia» (in senso stretto).

³³ Documenta l'affermazione del testo il progressivo ampliamento delle figure negoziali almeno astrattamente considerate idonee a violare o eludere il divieto del patto commissorio. Volta a volta è stata dichiarata la nullità (per contrasto diretto o per elusione dell'art. 2744 c.c.) di fattispecie di vendita con patto di riscatto (cfr., per es., Cass. 4 marzo 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409; e, più di recente, Trib. Roma, 16 settembre 2008, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1424), di ipotesi di *sale and lease back* (in argomento cfr., per tutti, G. Gitti, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease-back»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 462, e, più di recente, A.A. Dolmetta, «*Lease-back*» e *patto commissorio: un rapporto complesso*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 307), di fattispecie di patto commissorio c.d. obbligatorio (strutturato secondo lo schema del contratto preliminare), e così via.

³⁴ Sul tema esiste una letteratura relativamente cospicua, nell'ambito della quale ci limitiamo a segnalare: G. Bavetta, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, pp. 588 ss.; A.A. Dolmetta e G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, pp. 100 ss.; B. Inzitari, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Fallimento*, 2002, pp. 963 ss.; F. Maineri, *Le garanzie bancarie «improprie»*, Torino, 2004, pp. 17 ss.; U. Stefani, *La cessione del credito con scopo di garanzia*, Milano, 2007; e, più di recente, F. Gliotti, *Sull'ammissibilità della cessione in securitatem (tra preclusioni tradizionali e nuove suggestioni normative)*, in *Scritti in onore di Giovanni Gabrielli*, in corso di pubblicazione.

Può essere interessante notare come la figura della cessione di crediti a scopo di garanzia è espressamente riconosciuta nell'art. 9.1.1. dei *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (2004), e nell'art. 11.101 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* elaborati dalla «commissione Lando».

³⁵ La disposizione in esame parla, invero, di «patto col quale si conviene che ... la *proprietà della cosa* data in pegno o in ipoteca passi al creditore», e dunque non è testualmente riferibile alla cessione *di crediti*.

stato ben superabile, attese le interpretazioni «late» che di tale norma la dottrina, e soprattutto la giurisprudenza, hanno sempre fornito), e nemmeno (forse) nell'inesistenza qui di ostacoli quale quello costituito (in materia di proprietà e diritti reali) dal principio c.d. del *numerus clausus*³⁶, quanto piuttosto nella circostanza in virtù della quale si è sempre ritenuto (non importa stabilire se a torto o a ragione) che alla cessione di crediti a scopo di garanzia debba applicarsi (in via analogica) l'art. 2803 c.c. (in materia di pegno di crediti) e l'art. 1851 c.c. (in materia di pegno irregolare), disposizioni che ribadiscono entrambe il principio secondo il quale il creditore «garantito» (mediante pegno) *deve restituire al debitore l'eccedenza rispetto al valore del credito garantito*.

Non ci vuol molto, tuttavia, per comprendere che dietro la c.d. applicazione «analogica» del principio ricavabile da tali disposizioni³⁷ in realtà si cela un fenomeno alquanto diverso, che consiste nell'applicare una regola propria delle garanzie «tipiche» (in questo caso: il pegno) ad una fattispecie (quella dell'alienazione «commissoria») che si individua tipologicamente proprio (fra l'altro) per la divergenza da tale regola³⁸. Il che avrebbe dovuto – a ben vedere – portare ad escludere (piuttosto che ammettere) la possibilità di procedere ad un'applicazione «analogica».

La verità è allora che, così facendo, la giurisprudenza ha avallato una prassi bancaria³⁹, la quale in effetti non mira a mettere in discussione il principio di equivalenza tra valore della garanzia e valore del credito garantito⁴⁰, ma che tuttavia ricorre al meccanismo della *cessione fiduciaria dei crediti*⁴¹ (in funzione della pre-

³⁶ In realtà – pur non esistendo (ovviamente) in materia di diritti di credito un principio di «numero chiuso» (il diritto di credito essendo una categoria *unitaria*, pur nella varietà del possibile oggetto del credito: *facere, non facere, dare*; laddove invece i diritti reali sono plurimi, e presentano una struttura differenziata in ragione del contenuto di ciascuno di essi), non è detto che l'alienazione «fiduciaria» (*a scopo di garanzia*) di un credito non ponga problemi analoghi. Non c'è dubbio, infatti, che il cessionario non potrà, in questo caso, considerarsi «libero» nell'esercizio del diritto (ivi compresa la facoltà di non esercizio): non potrà ad es. rimettere il debito al debitore ceduto; non potrà addivenire ad una transazione; non potrà approvare una proposta di concordato preventivo avanzata dal debitore ceduto; e così via. In definitiva ci si troverà di fronte ad un diritto di credito che – rispetto al contenuto «normale» di questa situazione soggettiva – consentirà al suo titolare (in buona sostanza) solo l'esercizio della facoltà di esercitare la pretesa nei confronti del debitore (e di agire in caso di inadempimento), e senza neanche (come già detto) la libertà di rimettere il debito o di rinunciare al diritto.

³⁷ Le quali – si noti bene – sono certamente espressioni di un «principio generale» (quello secondo il quale la «garanzia» deve essere commisurata al valore del credito garantito, e non può essere «realizzata» dal creditore in misura superiore a detto valore), ma di un principio *che opera nell'ambito delle garanzie tipiche* (pegno, ipoteca), mentre nel caso delle stipulazioni commissorie ci troviamo di fronte a delle «garanzie atipiche», la cui «atipicità» consiste *proprio nel prevedere il trasferimento (al credito) di un «valore» superiore a quello del credito «garantito»*.

³⁸ V. la nota precedente.

³⁹ Il fenomeno della cessione dei crediti a scopo di garanzia è diffuso e praticato pressoché esclusivamente nella prassi bancaria, in collegamento in particolare con operazioni di anticipazioni o di sconto.

⁴⁰ In altre parole, è pacifico – nella prassi delle operazioni bancarie alle quali facciamo riferimento – che la banca sia legittimata a trattenere (dei crediti che le sono stati trasferiti in garanzia, e che essa abbia riscosso) solo gli importi *sino a concorrenza dell'ammontare dei crediti (per anticipazioni) che essa banca ha verso il cliente*.

⁴¹ Della *fiducia* ricorre qui il tratto peculiare, che elaborazioni ormai classiche hanno individuato nella c.d. «eccedenza del mezzo rispetto allo scopo», con la connessa possibilità di «abuso» da parte del fiduciario.

disposizione di una «garanzia atipica»⁴²) per realizzare un particolare tipo (assai diffuso) di operazioni di finanziamento consistenti nell'*anticipazione* al cliente (di parte) dell'importo di effetti e/o fatture a fronte appunto del trasferimento dei relativi crediti e della correlativa creazione di quelle che in gergo vengono chiamate «partite *autoliquidanti*»⁴³.

È chiaro, peraltro, che – così costruita (e praticata) – la cessione di crediti a scopo di garanzia condivide ben poco della problematica dei «trasferimenti *commissoris*»⁴⁴, e si capisce pertanto l'atteggiamento giurisprudenziale volto ad escludere qualsiasi forma di applicabilità (diretta o indiretta) dell'art. 2744 c.c. a tale fattispecie⁴⁵.

Ma altrettanto chiaro è anche che dall'ammissibilità della cessione di crediti *a scopo di garanzia*⁴⁶ non può essere tratto alcun argomento a favore della validità *in generale* delle alienazioni (*cavendi causa*) aventi realmente natura «commissoria» (ossia delle alienazioni che prevedano il diritto del cessionario di appropriarsi *dell'intero valore* dell'oggetto del trasferimento).

4. Segue. Il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia (la c.d. garanzia finanziaria)

Se l'ammissibilità della cessione del credito a scopo di garanzia non costituisce certo una novità, e non è dunque sotto questo profilo che può apprezzarsi la recente disciplina dei c.d. «contratti di garanzia finanziaria» (che menzionano an-

⁴² La «atipicità» della garanzia (rispetto alla garanzia reale «tipica» che altrimenti occorrerebbe prendere in considerazione, e cioè il «pegno di crediti») è segnalata proprio dal meccanismo «autoliquidante» del credito garantito (v. la nota seguente), che fa sì che la data di scadenza di tale credito coincida con la data di scadenza del credito trasferito «in garanzia». Si tratta, in buona sostanza, di una sorta di «servizio di cassa» che la banca fornisce.

⁴³ La terminologia indica chiaramente che il «rientro» della banca dalle anticipazioni effettuate non avviene attraverso versamenti da parte del cliente, bensì attraverso la riscossione (in nome proprio, essendo la banca divenuta cessionaria del credito) *dal terzo* dei crediti risultanti dagli effetti e/o dalle fatture in relazione ai quali è stata effettuata l'anticipazione.

Ciò consente fra l'altro – secondo un'opinione diffusa – di non considerare tali importi, anche quando confluiscono formalmente sul conto (in ipotesi, «scoperto») del cliente, come rimesse (eventualmente suscettibili di essere oggetto di revocatoria fallimentare).

Si consideri inoltre l'osservazione secondo la quale «il cessionario è più tutelato rispetto ad altre forme come il mandato irrevocabile *in rem propriam*, che non abbatte il rischio di una perdurante legittimazione del cedente a richiedere l'adempimento, con il conseguente effetto liberatorio» (così D. Valentino, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 511 ss. e 534).

⁴⁴ È bensì vero, peraltro, che nella prassi la cessione di crediti a scopo di garanzia è riscontrabile anche in relazione a meccanismi (almeno apparentemente) diversi da quello poco sopra considerato. Ci riferiamo in particolare all'ipotesi in cui la cessione abbia ad oggetto crediti futuri e venga posta in essere «a garanzia» di una «anticipazione» (*rectius*: di un finanziamento) che la banca accordi ad un imprenditore (frequente è, ad es., il caso di finanziamenti concessi all'appaltatore a fronte della cessione dei crediti che matureranno nei confronti del committente in relazione agli «stati di avanzamento» dell'opera).

⁴⁵ Il che non esclude che possano porsi problemi di altra natura, in particolare sotto il profilo dell'applicabilità delle norme sulla revocatoria fallimentare (v. la nota precedente), qualora risulti violata la *par condicio creditorum*.

⁴⁶ Il corsivo intende qui evidenziare che, alla luce di quanto sopra detto, è forse da dubitare che la cessione dei crediti abbia nelle ipotesi descritte una *vera e propria* «causa di garanzia».

che la fattispecie in discorso, implicitamente riconoscendone la validità), lo stesso non può dirsi per il richiamo che l'art. 1 lett. *d*) del d.lgs. n. 170/2004 (emanato in attuazione della direttiva 2002/47/CE) – nel tracciare la nozione dei predetti «contratti di garanzia finanziaria»⁴⁷ – fa (oltre che al pegno e, appunto, alla cessione dei crediti) anche ai contratti aventi ad oggetto il «trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie».

In questa formula è contenuto dunque l'esplicito riconoscimento (*e questa è, effettivamente, una novità!*) della validità di un «trasferimento della proprietà con funzione di garanzia», riconoscimento che – a scanso di qualsiasi dubbio – viene ribadito nel successivo art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 170/2004, ai sensi del quale «ai contratti di garanzia finanziaria *che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia*, compresi i contratti di pronti contro termine, *non si applica l'articolo 2744 del codice civile*».

Senonché – a parte il rilievo secondo cui quest'ultima disposizione sembra confermare (*a contrario*) il *generale* assoggettamento del trasferimento della proprietà con funzione di garanzia alla sanzione di cui all'art. 2744 c.c.⁴⁸ (regola alla quale il cit. art. 6 apporterebbe appunto una *deroga*, quando il trasferimento di proprietà concerna «attività finanziarie» e sia posto in essere a garanzia di obbligazioni finanziarie)⁴⁹ – è interessante soprattutto evidenziare la (presumibile) ragione della «deroga».

Questa ragione sembra da ricollegare all'estensione (argomentabile dall'ultimo comma del cit. art. 6) a tali contratti⁵⁰ della disciplina che l'art. 4 detta per l'ipotesi di «pegno di attività finanziarie», e in particolare della regola (caratteristica delle garanzie «tipiche», qual è il pegno) secondo cui «Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: *a*) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, *fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita (...)*».

Anche in questo caso, dunque – come nella fattispecie della cessione dei crediti (*cavendi causa*), esaminata nel paragrafo precedente – l'ammissibilità (questa volta disposta espressamente dallo stesso legislatore) del trasferimento *a scopo di garanzia* si lega alla presenza e all'operare di una regola che stabilisce l'*equivalenza* tra il valore della garanzia legittimamente trattenibile dal creditore e l'entità del credito garantito, di fatto attribuendo al trasferimento la sola (o preminente) funzione di

⁴⁷ Sul d.lgs. n. 170/2004 cfr., per un primo commento, G. Sardo, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contratti*, 2005, pp. 622 ss.

Sulla disciplina della direttiva v., invece, F. Macario, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in *Contratti*, 2003, p. 88.

⁴⁸ Così anche Gigliotti, *Sull'ammissibilità*, cit., par. 3 (p. 6 dell'estratto).

⁴⁹ Giova ricordare che per «attività finanziarie», ai sensi della normativa in esame, si intendono il «contante» (a sua volta definito come «denaro accreditato su un conto od analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario») e gli «strumenti finanziari» (quali individuati dall'all'art. 1, comma 2, lett. da *a*) ad *e*), del t.u.f.).

⁵⁰ Ossia ai contratti che abbiano ad oggetto il trasferimento a scopo di garanzia della proprietà di attività finanziarie.

consentire al creditore la gestione diretta delle conseguenze dell'inadempimento del debitore⁵¹.

In altre parole: uno dei profili (non secondari) in cui consiste l'*atipicità* della «garanzia» attuata attraverso un trasferimento di beni (in alternativa al ricorso ad una garanzia reale «tipica») viene in definitiva *neutralizzato*, assoggettando la garanzia «atipica» agli stessi principi che governano il campo delle garanzie «tipiche»⁵², e in particolare al suddetto principio di «equivalenza», *anche* a presidio del quale – come visto – è posto il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Con la conseguenza che – a ben vedere – la «disapplicazione» di quest'ultima disposizione sancita dal comma 2, art. 6, d.lgs. n. 170/2004, è in realtà solo apparente: ché, anzi, è proprio l'attuazione del principio a cui si ispira l'art. 2744 c.c. a stare alla base (per il profilo qui considerato) della nuova disciplina dettata per la «garanzia finanziaria», ed è in ragione di ciò che si spiega l'inapplicabilità del rimedio previsto dalla norma codicistica.

5. L'«eterno ritorno» del patto marciano. Indicazioni e suggestioni d'oltralpe

Al di là delle novità legislative (segnalate nel paragrafo precedente) di recente introdotte nel nostro ordinamento – novità da non sottovalutare, ma, come si è visto, neanche da enfatizzare oltre misura – non v'è dubbio che negli anni più recenti sono diventate sempre più numerose in dottrina le voci che insistono per sottrarre alla «stretta» inesorabile di cui all'art. 2744 c.c. i trasferimenti a scopo di garanzia, *almeno quando risultino contemplati meccanismi convenzionali di bilanciamento del valore del credito garantito e del bene oggetto della garanzia*⁵³.

Queste voci affiancano un *trend* legislativo che altrove ha ricevuto attuazioni ben più ampie e significative di quelle per il momento registrabili nell'ordinamento italiano.

Ad es., in Francia, la recente *Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006* che ha interamente riformato il diritto delle garanzie, ha abrogato (art. 54) le norme del *Code civil* (artt. 2078 e 2088, rispettivamente in materia di pegno e di anticresi) da cui si deduceva il divieto del patto commissorio, introducendo un nuovo art. 2348 ai sensi del quale «Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier de-

⁵¹ V'è da osservare, peraltro, che questa possibilità – che in generale costituisce un vantaggio che lo strumento del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia assicura rispetto alle garanzie reali «tipiche» –, nella specie non segna invece una differenza nei confronti del «pegno di attività finanziarie» (anch'esso regolato dalla nuova normativa), giacché una delle principali novità della direttiva comunitaria e della normativa interna di attuazione consiste proprio nell'ammissione che l'escussione del pegno (in caso di inadempimento del debitore) avvenga direttamente ad opera del creditore, il quale può in particolare procedere (art. 4 d.lgs. n. 170/2004): *a*) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; *b*) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; *c*) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita.

⁵² Principi che, in tal modo, palesano la loro forza espansiva, ma anche il loro carattere «cogente» o non derogabile (al punto che è lo stesso legislatore ad uniformarsi ad essi).

⁵³ Cfr. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 447.

viendra propriétaire du bien gagé», precisando tuttavia che quando il valore del bene (quale determinato all'epoca del trasferimento da un esperto, in mancanza di quotazione ufficiale del bene) «excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée». E analoga disciplina è prevista in materia di ipoteca, nelle nuove disposizioni (anch'esse riformulate) degli artt. 2459 e 2460 *Code civil*.

Come risulta abbastanza chiaramente, più che l'ammissibilità del patto commissorio vero e proprio (che le norme in questione mostrano anzi, implicitamente, di continuare a considerare – *come tale* – vietato), queste disposizioni sanciscono il ritorno (si potrebbe dire – parafrasando il titolo di una nota opera, che riferiva l'espressione, ben più impegnativamente, al «diritto naturale»⁵⁴ – l'*eterno ritorno*) dell'antica (e mai abbandonata) formula del «patto marciano», che non a caso – come già abbiamo ricordato⁵⁵ – ha da sempre rappresentato una delle soluzioni (alternative) maggiormente praticate per non incorrere nel divieto della *lex commissoria*.

Dunque: *nihil novi sub sole*?

Nemmeno questo è probabilmente vero. Non c'è dubbio, infatti, che – sebbene nella versione, ispirata a maggiore *souplesse*, del «patto marciano» – queste norme danno cittadinanza all'«alienazione in garanzia», facendo definitivamente venir meno (se si vuole) le obiezioni di tipo dogmatico che hanno sbarrato la strada (specie in passato) a questo tipo di convenzioni.

Certo, è da verificare se – nella versione *debole* del «patto marciano» – le alienazioni a scopo di garanzia si riveleranno veramente congeniali alle esigenze del mercato e tali da compensare (profilo spesso trascurato) i costi e i rischi che assume chi accetta di acquistare una proprietà «precaria» allo scopo (esclusivo) di «garantirsi» rispetto a un proprio debitore: cosa rispetto alla quale qualche dubbio potrebbe, forse, essere instillato dalla constatazione che sinora – benché la validità della convenzione marciana raramente sia stata posta in dubbio⁵⁶ (pur nell'assenza di una disciplina dello stesso, che i legislatori sembrano invece, adesso, essere propensi a dettare) – il patto in questione non risulta particolarmente frequentato⁵⁷, mentre continuano ad essere relativamente diffusi e ricorrenti i tentativi di elusione del divieto del patto commissorio.

6. Segue. Le alienazioni in garanzia e il «trust». Conclusioni

Una «finestra» ancora più ampia a favore dell'ammissibilità delle alienazioni in garanzia sembrerebbe però – ed è il tema conclusivo cui si intende accennare – essere oggi offerta da un ulteriore elemento, che merita di essere considerato.

Si è già ricordato come il divieto del patto commissorio trovi accoglienza in numerose codificazioni moderne⁵⁸, a differenza di quanto accade negli ordinamenti

⁵⁴ Si allude evidentemente al celebre libro di H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., 1947; trad. it. *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Roma, 1965.

⁵⁵ V. *retro*, nota 12.

⁵⁶ Per una rara voce contraria v. G.F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 29 ss.; G.F. Minniti, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007.

⁵⁷ Ma il dato potrebbe essere falsato dalla (ritenuta) validità del patto, e quindi dalla sua non contestazione in giudizio (ciò che tuttavia non dovrebbe valere per l'azione revocatoria, che gli altri creditori potrebbero avere comunque interesse ad esperire, ricorrendone ovviamente i presupposti).

⁵⁸ Cfr. *retro*, nota 10.

di *common law*, che non conoscono il divieto in esame, e per converso accordano notoriamente ampio spazio operativo ad un istituto – il *trust* – che, tra le molteplici funzioni che è idoneo a svolgere, annovera anche quella di costituire uno strumento utilizzabile per la costituzione di una «garanzia»⁵⁹.

Le ragioni del ricorso al *trust* a 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»⁶⁰.

Ora, in virtù della legge che ha reso esecutiva nel nostro ordinamento la Convenzione dell'Aia del 10 luglio 1985 sul riconoscimento del *trust*, e considerato che è divenuta ormai dominante l'opinione che ritiene ammissibile il c.d. *trust* «interno», sembrerebbe aperta anche in Italia la «breccia» attraverso la quale veicolare meccanismi di costituzione di «garanzie», che altrimenti incorrerebbero nello sbarramento costituito dal divieto del patto commissorio.

E, tuttavia, le cose non sono in realtà così semplici. L'art. 15 della Convenzione dell'Aia stabilisce infatti 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 lett. *d*) – viene menzionata la materia del «trasferimento della proprietà e [del]le garanzie reali».

È possibile, dunque, che un «*trust* di garanzia» non riceva per queste ragioni riconoscimento⁶¹, e, sebbene il par. 2 del cit. art. 15 statuisca che «qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo»⁶², non è – a questo punto – detto che gli scopi perseguiti dalle parti possano (nonostante il ricorso allo strumento in esame) trovare (piena) attuazione.

Di ciò ci si potrà dolere o meno a seconda che si ritenga che il divieto del patto commissorio e le sue conseguenze trovino una plausibile ragion d'essere nella ra-

⁵⁹ Per l'osservazione secondo cui il divieto del patto commissorio è «privo di senso là ove si conosca e si pratichi il *trust*» (e che per questo motivo il divieto in esame non ha mai attecchito nei paesi di *common law*) cfr. A. Candian, *Appunti dubbiosi sulla «ratio» del divieto di patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 184.

⁶⁰ Si tratta, come è agevole osservare, esattamente 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».

⁶¹ Ma v., comunque, nell'esperienza giurisprudenziale più recente, Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in www.ilcaso.it, doc. n. 1131/2008.

Si tratta tuttavia, e significativamente, di ipotesi in cui la «garanzia» valeva – nell'ambito o in vista di procedure concorsuali – a favore di tutti i creditori, così facendo venire meno una delle ragioni (violazione del principio della *par condicio creditorum*) che tradizionalmente inducono a considerare illecito il trasferimento «commissorio». Per un atteggiamento più restrittivo v. Trib. Milano 29 ottobre 2010, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, pp. 146 ss.

⁶² La norma appena citata potrebbe essere utilizzata, per es., per consentire la «conversione» di un'alienazione «commissoria» nulla (in quanto riconosciuta contrastante con l'art. 2744 c.c. o posta in essere allo scopo di eludere l'applicazione di tale norma) in un'alienazione valida, ma con un effetto «minore» in conseguenza dell'imposizione all'acquirente/creditore dell'obbligo di restituire al venditore/debitore l'eccedenza del valore del bene rispetto all'ammontare del debito.

In tal modo si supererebbe l'orientamento che esclude la possibilità di operare la conversione del contratto (*ex art. 1424 c.c.*) quando ricorra un'ipotesi di «illiceità».

zionalità del sistema ovvero siano semplicemente il retaggio di una tradizione che non merita più di essere conservata⁶³.

Qualunque cosa si pensi in ordine a detta alternativa, va comunque registrato che tanto il legislatore francese, quanto, più di recente, quello italiano sembrano manifestare significative «aperture» nei confronti delle alienazioni a scopo di garanzia realizzate utilizzando lo strumento del *trust* (diventato, in versione «nazionale», *fiducie* o *fiducia*).

Quanto al legislatore francese – a parte le norme, già citate, contenute nell'*Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006* in materia di *sûretés*⁶⁴ – va ricordato che con *Loi n. 2007-211 del 19 febbraio 2007* è stato introdotto, appunto, in quell'ordinamento l'istituto della *fiducie* (la cui disciplina, sul piano civilistico, è stata convogliata negli artt. da 2011 a 2030 del *Code civil*).

Con successiva *Ordonnance n. 2009-112 du 30 janvier 2009* sono poi state dettate ulteriori disposizioni relative al nuovo istituto, tra le quali rileva ai nostri fini l'introduzione (art. 5 *Ordonnance*) nel *Code civil* – all'interno del Tit. II (dedicato alle garanzie reali) del Libro IV, di un capitolo IV intitolato *De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie*, la cui sezione 2 (artt. da 2372-1 a 2372-5) disciplina in particolare la «*propriété cédée à titre de garantie*»⁶⁵.

In base a tale disciplina la proprietà di un bene mobile o di un diritto può essere trasferita *a titolo di garanzia* di un'obbligazione *tramite un contratto di «fiducia»* concluso ai sensi degli artt. 2011-2030 del *Code* (art. 2372-1).

Il contratto (di fiducia) deve menzionare, a pena di nullità, la garanzia e il valore stimato del bene o del diritto trasferito nel patrimonio del fiduciario (art. 2372-2). Verificatosi l'inadempimento del debito garantito, il creditore (quando si tratta dello stesso fiduciario) acquista «*la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie*»⁶⁶ (art. 2372-3), ma se il valore del bene (secondo la stima a suo tempo effettuata) è superiore all'ammontare del debito garantito egli deve versare al costituente la differenza (art. 2372-4)⁶⁷.

Una normativa analoga (almeno sotto il profilo qui considerato) era stata inserita nel testo del d.d.l. «Legge comunitaria 2010», precisamente all'art. 12, nel quale

⁶³ Cfr. A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, p. 650 (ove anche la sollecitazione a non trascurare i risvolti economici che l'esistenza di differenti atteggiamenti dei vari ordinamenti rispetto all'ammissibilità o meno di determinati strumenti giuridici, può comportare in termini di attrattiva per i capitali).

⁶⁴ Norme che abbiamo già ricordato nel paragrafo precedente.

⁶⁵ In precedenza, l'art. 2329 *Code civil* stabilisce che «Les sûretés sur les meubles sont: 1) Les privilèges mobiliers; 2) Le gage de meubles corporels; 3) Le nantissement de meubles incorporels; 4) *La propriété retenue ou cédée à titre de garantie*».

⁶⁶ Quando invece il creditore è soggetto diverso dal fiduciario, egli può esigere da quest'ultimo la consegna del bene, ovvero – se il contratto di fiducia lo prevede – la vendita del bene (o del diritto ceduto) e la consegna di tutto o parte del prezzo in tal modo ricavato.

Non è chiaro se la *libre disposition* di cui parla l'art. 2372-3 vada intesa nel senso dell'acquisto della proprietà, ovvero nel senso della facoltà di vendere il bene. Ma la questione è relativamente poco rilevante, vista comunque la puntuale disciplina dell'obbligo di restituzione che incombe sul creditore.

⁶⁷ Disciplina che viene sostanzialmente ripetuta negli artt. da 2488-1 a 2488-5 *Code civil*, a proposito dei beni immobili (e v. anche l'art. 2273, dove – dopo aver stabilito che «Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques» – si aggiunge, nel secondo *alinéa*, che «*La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie*»).

si prevedeva una delega al governo per l'emanazione di una disciplina del «contratto di fiducia», mutuataria in larga misura del modello francese sopra ricordato.

In particolare, nella lett. *d*) del comma 6 del citato art. 12, si richiedeva che tale disciplina contemplasse specificamente la «fiducia a scopo di garanzia», che avrebbe dovuto essere regolata secondo i seguenti principi:

Art. 12

6. (*Omissis*)

d) dettare una disciplina specifica per:

1) la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare prevedere:

1.1) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia;

1.2) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale;

1.3) che la fiducia possa essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati;

1.4) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia;

1.5) la disciplina per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario.

Come è agevole rilevare, tanto il legislatore francese quanto quello italiano – se anche da noi, come è probabile, sarà prima o poi introdotta la disciplina del contratto di fiducia (e, in quest'ambito, regolata la «fiducia a scopo di garanzia») ⁶⁸ – sono ben lontani dal consentire, anche quando lo scopo di garanzia sia perseguito attraverso un «contratto di fiducia» – un'alienazione in garanzia che riproduca il contenuto dell'antica *lex commissoria*.

E, a questo punto, è ragionevole prevedere che, in presenza di una siffatta regola, anche l'eventuale ricorso ad un vero e proprio *trust* («interno») ⁶⁹, difficilmente consentirebbe l'ingresso nel nostro ordinamento di normative straniere che non si conformino al rispetto di un divieto (quello del «patto commissorio»), che continua evidentemente ad essere considerato *di ordine pubblico*, sebbene in un contesto che è sempre più orientato a non ritenere radicalmente vietate le alienazioni a scopo di garanzia.

⁶⁸ Al momento è da registrare una momentanea battuta d'arresto, in quanto la delega in materia di «contratto di fiducia» è stata espunta dal testo finale della legge comunitaria 2010 (approvato definitivamente dal Senato nella seduta del 30 novembre 2011), anche se è prevedibile che essa sarà presto riproposta in un diverso (e più appropriato) contesto.

⁶⁹ Posto in essere allo scopo, evidentemente, di consentire al creditore di «appropriarsi» (in caso di inadempimento) dell'intero valore del bene ricevuto in garanzia, secondo il contenuto proprio della *lex commissoria*.

