

RIVISTA DEL NOTARIATO

RASSEGNA DI DIRITTO E PRATICA NOTARILE

1998 - ANNO LII

INDICI GENERALI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Pubblicazione bimestrale - Spedizione in a.p. - 45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Varese

(1) Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedurali.

SOMMARIO: 1. Caratteri del caso di specie e diverse forme di estrinsecazione del patto commissorio. — 2. Itinerario dottrinale e giurisprudenziale in tema di divieto del patto commissorio. — 3. La ratio del divieto del patto commissorio. — 4. Ambito applicativo del divieto del patto commissorio.

1. *Caratteri del caso di specie e diverse forme di estrinsecazione del patto commissorio.*

Con la pronuncia, in epigrafe, la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sulla questione concernente la validità o meno della vendita con patto di riscatto conclusa a scopo di garanzia.

Il caso affrontato riguardava la concessione di un finanziamento per l'acquisto, da parte del promissario acquirente, di una villa in Roma. Nel contratto di mutuo, in particolare, si conveniva, da una parte, di intestare l'immobile ad una società che, costituita lo stesso giorno dai creditori, avrebbe acquistato direttamente la villa dalla legittima proprietaria, dall'altro, di obbligare i creditori a trasferire le quote sociali al mutuatario all'atto della restituzione della somma mutuata.

La decisione in esame ha ribadito il precedente orientamento della Suprema Corte, affermando, ai fini della configurabilità di un patto commissorio, l'irrilevanza del momento in cui si verifica il trasferimento del bene dal debitore al creditore mutuante e reputando occorrere all'uopo esclusivamente la comune intenzione delle parti di voler costituire una garanzia reale atipica, mediante l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore mutuante solo nel caso di inadempimento del debitore mutuatario.

L'art. 2744 c.c., nella sua letterale formulazione, si riferisce al patto commissorio c.d. « accessivo » o « adietto », quello, cioè, che non si presenta come una pattuizione autonoma, ma come un patto che accede ad una concessione di pegno o ipoteca. In altri termini, la fattispecie cui si riferisce l'art. 2744 c.c. è, tipicamente, quella di un contratto di concessione di pegno o di ipoteca, nel quale figura un patto con cui si stabilisce che la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passa in proprietà del creditore in caso di inadempimento.

Dal punto di vista pratico, questa ipotesi è poco frequente perché, come è evidente, la suddetta clausola *ictu oculi* incorre nella violazione dell'art. 2744 c.c. (e, per ciò stesso, i soggetti tendono generalmente ad aggirare il divieto del patto commissorio).

Nella pratica, risulta molto più diffusa un'altra tipologia di patto commissorio, quello c.d. « autonomo », cioè una pattuizione che non accede ad un precedente contratto costitutivo di garanzia reale e che, quindi, prescinde dalla preesistenza di un contratto costitutivo di pegno o di concessione di ipoteca.

Nonostante il legislatore nell'art. 2744 c.c. testualmente si riferisca al primo tipo di patto commissorio, ciò non vuol dire che il divieto non sia applicabile anche ad un patto commissorio autonomo, perché in entrambi i casi viene leso l'interesse a cui tutela è, appunto, posto l'art. 2744 (1).

Problemi sorgono quando le parti, come accade nella maggioranza dei casi, decidono di ricorrere al patto commissorio autonomo, utilizzando uno schema contrattuale legalmente tipico — in particolare, la vendita con patto di riscatto — dando luogo, nel perseguimento dell'obiettivo dell'elusione dell'art. 2744 c.c., alla vendita c.d. a scopo di garanzia. E i problemi sorgono perché resta da stabilire se l'impiego di una figura legalmente tipica possa escludere *a priori* la possibilità di impugnare quel contratto per violazione dell'art. 2744 c.c.

In sostanza, le parti, mediante l'utilizzazione del patto commissorio autonomo, piegano la vendita con patto di riscatto al conseguimento di uno scopo diverso da quello connaturale al tipo legale. Occorre, pertanto, stabilire quando la vendita con patto di riscatto è valida e quando, invece, si presenta come strumento elusivo dell'art. 2744 c.c.

Non porsi questo problema, significherebbe mettere al bando uno strumento contrattuale che il legislatore espressamente ha messo a disposizione dei singoli.

2. *Itinerario dottrinale e giurisprudenziale in tema di divieto del patto commissorio.*

Fino ai primi anni '80, la giurisprudenza pressoché unanime e parte della dottrina tendevano a risolvere il problema della differenziazione tra validità della vendita con patto di riscatto e patto commissorio richiamandosi ad un criterio di carattere puramente cronologico. In sostanza, si riteneva che decisivo per l'accertamento della presenza di un patto commissorio fosse il momento in cui si produceva l'effetto traslativo: se quest'ultimo si produceva fin dal momento in cui il contratto di compravendita veniva stipulato, si riteneva che non ci fosse alcun ostacolo all'ammissibilità di questo tipo di contratto, in quanto non ricorrevano gli estremi del patto commissorio; se, invece, ci si trovava in presenza di una vendita in cui, ad esempio, si statuiva, con un'apposita clausola, che il diritto di proprietà del bene si sarebbe trasferito nella sfera del compratore solo nel momento del verificarsi dell'inadempimento del debitore, in questo caso si riteneva che si fosse in presenza di un patto commissorio e che, quindi, operasse il divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Il patto commissorio autonomo, in particolare, secondo questo orientamento, sussisteva in tutte le ipotesi in cui l'effetto traslativo di una vendita non si verificava al momento del consenso, ma a quello dell'inadempimento. E ciò, è da credere, per l'indiscutibile forza suggestiva del disposto letterale dell'art. 2744 c.c., secondo il quale « è nullo il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito, (...) la proprietà della cosa passi al debitore » (2).

Alla luce di tale criterio, erano considerate pienamente valide le vendite, pur fatte a scopo di garanzia, se condizionate risolutivamente all'inadempimento. Ma il carattere scopertamente meccanicistico della soluzione stessa finiva per determinare soluzioni palesemente inique: era sufficiente, infatti, aver cura di utilizzare il meccanismo della condizione risolutiva, al posto della condizione sospensiva, per assicurare la piena validità ad una vendita, che pure era stata stipulata per eludere l'art. 2744 c.c..

Sulla base di simili considerazioni, qualche anno dopo, nell'83, la Suprema Corte ha mutato atteggiamento, giungendo alla conclusione che non si dovesse più prendere in considerazione il criterio puramente cronologico ed esteriore, quale il momento del verificarsi dell'effetto traslativo, ma il dato sostanziale della valutazione in concreto dell'interesse dei contraenti. In tal modo, indipendentemente dal momento del prodursi dell'effetto traslativo, quello che conta risulta essere l'intento realmente perseguito dalle parti (3).

A questo mutamento di opinione la giurisprudenza è pervenuta sollecitata dall'enunciazione, da parte della dottrina, di una serie di critiche all'indirizzo preesistente, fondate, soprattutto, su di una attenta ricostruzione della *ratio* dell'art. 2744 c.c.. Essenziale risulta, allora, l'identificazione del fondamento dell'art. 2744 c.c..

3. *La ratio del divieto del patto commissorio.*

Secondo un primo orientamento, alla base dell'art. 2744 c.c. vi sarebbe l'esigenza di tutelare l'interesse del debitore, sottraendolo ad una situazione di coazione morale che potrebbe indurlo, pur di ottenere il mutuo, a subire il danno consistente nel perdere la proprietà di un bene, molto spesso di valore di gran lunga superiore all'entità del mutuo concesso. Il creditore, in sostanza, approfitterebbe di uno stato di necessità del debitore e conseguirebbe un vantaggio sicuro — quello di farsi giustizia da sé — ed un vantaggio ulteriore, eventuale, ma quasi sempre presente — quello di ottenere un bene di valore non proporzionato rispetto alla somma data — (4).

Un diverso orientamento, invece, prende in considerazione la posizione degli altri creditori eventualmente presenti, cioè dei soggetti che potrebbero avere un diritto di

credito nei confronti del debitore che ha stipulato il patto commissorio. Secondo questa prospettiva, l'esigenza che è alla base del divieto del patto commissorio sarebbe, allora, quella di assicurare la salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*, di cui all'art. 2741, primo comma, c.c. In altri termini, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. andrebbe individuata nella necessità di salvaguardare il principio della tassatività delle cause legittime di prelazione (5).

Più di recente, si è preferito rinvenire nell'art. 2744 c.c., diversamente dai precedenti orientamenti, un fondamento di chiara impronta pubblicistica, individuato nell'esigenza di assicurare il rispetto del principio della esclusività dello Stato nella titolarità e nell'esercizio della funzione esecutiva (6).

Alla base di questo principio, vi è un'altra regola fondamentale che la dottrina eleva a dignità di principio di ordine pubblico-economico: il principio della necessità di un controllo tendente ad assicurare la proporzionalità del valore offerto in garanzia, rispetto all'ammontare del credito stesso. Un simile fondamento di natura pubblicistica comporta, cioè, la necessità di un controllo, affinché non si abbia una ingiustificata locupletazione del creditore, per un'enorme sperequazione tra il bene oggetto del patto commissorio e l'ammontare del credito. E se tale è il fondamento (pubblicistico, insomma) del divieto del patto commissorio, si spiega la ragione per cui, in particolare, si sottraggano al disposto di cui all'art. 2744 c.c., tanto il patto marciano, quanto il pegno irregolare.

Quanto al patto marciano, esso, come è noto, consiste nella pattuizione in virtù della quale il creditore diviene definitivamente proprietario di un determinato bene — eventualmente già dato in garanzia per la concessione del mutuo — al verificarsi dell'inadempimento, ma con l'obbligo, per il creditore, di restituire al debitore la differenza tra l'importo del credito ed il valore del bene, che sarà stimato da un terzo in epoca successiva al mancato adempimento. Pertanto, il patto marciano si sottrae al divieto di cui all'art. 2744 c.c., perché, diversamente dal patto commissorio puro e semplice, risulta congegnato in modo tale da assicurare l'operatività di quel principio di ordine pubblico-economico, che impone la proporzionalità costante tra valore offerto in garanzia e ammontare del debito del soggetto passivo.

A maggior sostegno della validità del suddetto patto, poi, si adduce anche una considerazione di ordine economico, secondo la quale il patto marciano risulta, il più delle volte, sicuramente vantaggioso per il debitore. Ed infatti, mentre in caso di vendita coattiva del bene oggetto della garanzia, come avviene nel caso in cui sia stata concessa ipoteca o sia stato costituito un pegno, il valore del bene, normalmente, finisce col venire sottostimato, nel caso del patto marciano, invece, il debitore è ragionevolmente certo che il proprio bene non verrà sottovalutato, ma sarà oggetto di stima da parte del terzo, in base all'effettivo valore.

All'area di operatività del divieto del patto commissorio si sottrae, come accennato, anche il pegno irregolare, che trova nel codice civile una sua esplicita disciplina nell'art. 1851, secondo il quale « 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 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. La eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti ».

Leggendo la disposizione, è facile accorgersi come il legislatore abbia previsto testualmente proprio un meccanismo tale da assicurare la proporzionalità tra il valore del bene oggetto della garanzia e l'ammontare del debito. La sottrazione del pegno irregolare dal divieto del patto commissorio è stata, del resto, sottolineata anche dalla stessa giurisprudenza di legittimità (7).

Posto di fronte alle accennate ipotesi ricostruttive, pare che l'interprete, piuttosto che optare per l'una o per l'altra, possa seguire una diversa via, consistente nel ritenere che, in realtà, la *ratio* dell'art. 2744 c.c. sia la risultante della combinazione di tutte e tre

le esigenze di fondo dinanzi precisate, per cui, accanto all'esigenza di tutelare il debitore, si può reputare sussistente quella di non derogare al principio della *par condicio creditorum*, così come quella di non derogare all'altrettanto importante principio dell'esclusività della funzione esecutiva da parte del giudice statale, nel nome dell'altra regola fondamentale, consistente nell'assicurare il controllo circa la proporzionalità tra il valore offerto in garanzia e l'ammontare del debito.

Se il divieto del patto commissorio trova il suo fondamento in simili principi cardine del nostro ordinamento giuridico, risulta allora difficile sostenere la tesi secondo cui l'art. 2744 c.c. sarebbe una norma di carattere eccezionale, non presentandosi, appunto, che quale logica applicazione di regole di carattere generale. E, accertata la non eccezionalità dell'art. 2744 c.c., evidentemente risulta superato anche l'ostacolo rappresentato dal divieto di applicazione della norma per analogia.

Non sarebbe corretto, allora, distinguere la vendita a scopo di garanzia sottoposta a condizione sospensiva, considerata unanimemente nulla — perché in questo caso viene sospeso l'effetto traslativo, rinviandosene la produzione al momento dell'inadempimento —, dalla vendita a scopo di garanzia risolutivamente condizionata, qual è, in particolare, la vendita con patto di riscatto o la vendita con *pactum de retroemendo*: in entrambe le ipotesi, infatti, se realmente ci si trova in presenza del perseguimento della finalità tipica del patto commissorio, gli interessi fondamentali, che il legislatore ha voluto salvaguardare con l'art. 2744 c.c., comunque risultano lesi.

Per stabilire se vi è un vero e proprio patto commissorio, dunque, occorre accertare in concreto qual è l'intento che anima le parti contraenti. E se l'intento è quello di aggirare il divieto del patto commissorio, dando luogo ad un negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c., allora si è senz'altro in presenza di un patto nullo per contrarietà al disposto di cui all'art. 2744 c.c. Evidente essendo, comunque, come l'intento fraudolento non possa venire presupposto, in quanto necessariamente oggetto di una prova puntuale, che l'interessato deve fornire al giudice.

4. Ambito applicativo del divieto del patto commissorio.

La soluzione del problema dell'ambito di operatività del divieto del patto commissorio risulta notevolmente condizionata, insomma, dall'accertamento della natura eccezionale o meno della norma che lo disciplina. Ove si propenda, infatti, per l'attribuzione all'art. 2744 c.c. della natura di norma eccezionale, la tendenza sarà quella di restringere entro limiti il più possibile rigorosi l'ambito di operatività.

Tuttavia, come già si è detto, ormai appare acquisita la conclusione del carattere non eccezionale della norma di cui all'art. 2744 c.c., apparendo essa, piuttosto, corollario dell'applicazione, logica e coerente, di principi generali e fondamentali del nostro ordinamento giuridico. E, in quanto norma non eccezionale, l'art. 2744 c.c. può essere, dunque, applicato ben oltre l'ambito letteralmente emergente dal testo normativo.

Non vi è, così, alcuna difficoltà ad estendere il divieto del patto commissorio a figure che, a prima vista, sembrerebbero non rientrare nel dato letterale dell'art. 2744 c.c. E si pensi, in proposito, al noto esempio del mandato irrevocabile a vendere un bene senza obbligo di rendiconto, mandato conferito dal debitore al creditore. In tal caso, non si utilizza il meccanismo descritto dall'art. 2744 c.c., ma la finalità è perfettamente identica, e può ritenersi, proprio in virtù del carattere non eccezionale dell'art. 2744 c.c., che anche questo tipo di mandato incorra nel divieto del patto commissario, qualora risulti provata la strumentalizzazione del relativo meccanismo, rispetto alla finalità dell'elusione del patto commissorio.

La natura non eccezionale dell'art. 2744 c.c. consente, poi, di applicare la norma anche al contratto preliminare di compravendita, che, come è noto, è tradizionalmente ricostruito quale negozio ad effetti obbligatori. La Suprema Corte, al riguardo, non ha mancato, infatti, di affermare che « il patto commissorio può essere realizzato anche facendo ricorso ad un preliminare di compravendita, con il quale il promittente-

venditore, in relazione ad un suo debito esistente nei riguardi del promittente-compratore, si obblighi a stipulare il contratto definitivo nel caso in cui l'obbligazione non venga adempiuta nel termine pattuito » (8).

E proprio con la sentenza che qui si annota, la Cassazione prosegue nel suo itinerario, implicitamente riconoscendo la natura non eccezionale dell'art. 2744 c.c., ed estendendone l'ambito di operatività. La Corte, infatti, estende la portata della norma anche ad una fattispecie procedimentale, attuata tramite più negozi fra loro collegati, qualora — come nel caso in esame — la funzione complessiva dell'operazione possa ravvisarsi caratterizzata dall'intento di eludere il divieto del patto commissorio.

PAOLO DE MARTINIS

(1) La soluzione favorevole all'estensione del divieto anche al patto commissorio c.d. « autonomo » è pacifica in dottrina. In tal senso, cfr. per tutti, REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 18, nota 8, e BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 73 ss.

Anche la giurisprudenza non ha mai manifestato dubbi al riguardo. Cfr., ad esempio, Cass., 24 giugno 1957, n. 2402, in Sesta, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 91 e Cass., 1° febbraio 1974, n. 282, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1024 con nota di DE GIORGI.

(2) Così: DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 331; CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 156; PUGLIESE, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 1071; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 2° ed., Bologna-Roma, 1981, p. 334.

(3) La decisione della Cassazione 3 giugno 1983, n. 3800 (pubblicata in questa Rivista, 1983, p. 764; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 97, con nota di ROPPO; in *Foro it.*, 1984, I, c. 212, con nota di MACARIO; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2935, con nota di AZZARITI; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1468, con nota di DANUSO, *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*), è stata poi smentita da Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in questa Rivista, 1987, p. 375; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 742 ss., con nota di BUSSANI-GAUDINO; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 545, con nota di TRIOLA, *Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale*; in *Corr. giur.*, 1987, p. 287, con nota di MARICONDA, *Ancora sull'alienazione in garanzia*; in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117, con nota di BIANCA, *Il divieto del patto commissorio, un passo indietro della Cassazione*. Successivamente, le Sezioni Unite, con le ben note decisioni 3 aprile 1989, n. 1611 (pubblicata in questa Rivista, 1989, p. 890; in *Corr. giur.*, 1989, p. 522, con nota di MARICONDA, *Le Sezioni Unite dichiarano la nullità delle alienazioni in garanzia*, e in *Foro it.*, 1989, I, c. 1427, con nota di MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e di REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*), e 21 aprile 1989, n. 1907 (pubblicata in questa Rivista, 1989, p. 890; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1821, con nota di COSTANZA, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*, e in *Foro it.*, 1990, I, c. 205, con nota di VALCARI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*), hanno consacrato il suddetto mutamento di indirizzo, affermando che il contratto con il quale il debitore di una somma stipula con il proprio creditore la vendita di un bene di sua proprietà, convenendo un patto di riscatto o di retrovendita per l'ipotesi in cui il debitore restituisca la somma mutuata entro un determinato termine, è nullo per contrarietà al divieto del patto commissorio.

(4) Cfr., per tutti, BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 6ª ed., II, Torino, 1962, p. 145, e RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 1971, p. 1027.

(5) STOLFI, *Patto commissorio e ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, I, c. 281; CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio*, cit., p. 160; MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 70; BARBIERA, in *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 214 ss.

(6) In tal senso, cfr.: VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, pp. 107, 175; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 38 ss.; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 88 ss.

(7) Così, da ultimo, Cass., 20 ottobre 1994, n. 8571, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce « pegno », n. 11.

(8) Cass., 28 settembre 1994, n. 7890, in questa Rivista, 1995, p. 1321 e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1227.