



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



ALIENAZIONI IN GARANZIA E DIVIETO DI STIPULAZIONI COMMISSORIE

La prima parte dell'elaborato si sofferma sul divieto di stipulazioni commissorie, attraverso un inquadramento generale di queste ultime nell'ambito delle alienazioni in garanzia, mettendone in luce i tratti qualificanti. La seconda parte invece è dedicata alla ratio del divieto de quo e al confronto tra stipulazioni commissorie e altre figure di alienazioni in garanzia, quali il pegno irregolare e il patto marciano. La terza e ultima parte si sofferma sulla disamina della cessione del credito in funzione di garanzia, nella prospettiva dell'astratta ammissibilità della figura e della compatibilità con il divieto di stipulazioni commissorie.

di **Cesare Valentino**
IUS/01 - DIRITTO PRIVATO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 17 Giugno 2020

 Abstract ENG

The first part of the paper focuses on the prohibition of patto commissorio, through a general classification of the latter in the contest of disposals under guarantee highlighting the qualifying traits. The second part is instead dedicated to the reason of the prohibition in question and to the comparison between "commissorie stipulations" and other figures of alienations under guarantee. The third and final part focuses on the examination of the cession of credit as a guarantee in the perspective of the admissibility of the figure and compatibility with the prohibition of commissorie stipulations.

Sommario: 1. Inquadramento generale delle stipulazioni commissorie. - 2. La ragione del divieto di stipulazioni commissorie e la distinzione tra le varie forme di alienazioni in garanzia. - 3. Le cessioni del credito in funzione di garanzia.

1. Inquadramento generale delle stipulazioni commissorie

Il divieto del patto commissorio trova fondamento codicistico negli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c., i quali sanzionano con la nullità le stipulazioni commissorie che accedono, rispettivamente, ad un diritto reale di garanzia e a un contratto di anticresi.

Il primo problema che pone il divieto de quo è l'individuazione delle stipulazioni qualificabili come commissorie e, in quanto tali, nulle. Dalla maggiore o minore estensione di tale categoria dipende la maggiore o minore portata applicativa del divieto stesso.

In linea di massima il primo elemento qualificante le stipulazioni commissorie, derivante dall'appartenenza di queste ultime alla più ampia categoria delle alienazioni in garanzia, è costituito dalla circostanza che le medesime danno luogo ad una vicenda traslativa sorretta da una causa di garanzia e non già di scambio. Tramite le stipulazioni de quibus viene, infatti, realizzato il trasferimento al creditore del bene concesso in garanzia, nel caso in cui il debitore risulti inadempiente all'obbligazione garantita.

Ulteriore elemento costitutivo delle stipulazioni commissorie è dato dalla necessità che le medesime intervengano prima della scadenza del debito garantito. Al di là di tale segmento temporale, infatti, si tratterà non di negozi traslativi in funzione di garanzia ma di figure negoziali sorrette da causa solutoria (es. datio in solutum^[1]), funzionali all'estinzione dell'obbligazione scaduta e alla liberazione del debitore dalle conseguenze della sua pregressa inadempienza^[2]. Tale precisazione non è immune da rilevanti

implicazioni in punto di disciplina giuridica.

I negozi inquadrabili nella seconda categoria, infatti, non saranno soggetti alla sanzione della nullità prefigurata in termini generali dall'art. 2744 c.c., a differenza dei negozi integranti stipulazioni commissorie. Tutt'al più se connotati da un eccessivo squilibrio economico dato dalla sproporzione tra valore del bene ceduto e credito garantito, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 1448 c.c. è esperibile il rimedio della rescissione per lesione.

Terzo elemento costitutivo delle stipulazioni commissorie è la mancanza di un meccanismo di riequilibrio operante nel caso in cui il bene ceduto in garanzia sia di valore superiore al credito garantito. Tale requisito distingue, come si avrà modo di dimostrare, la stipulazione commissoria dalle altre forme di alienazioni in garanzia.

Quanto alla natura dell'operazione commissoria, la stessa potrà consistere, a seconda dei casi, in un negozio unico (sebbene accessorio a quello principale di garanzia) o anche in una pluralità di negozi tra loro funzionalmente collegati. Per l'individuazione in concreto delle stipulazioni qualificabili come commissorie la giurisprudenza più che alla veste formale, ha mostrato maggiore sensibilità al contenuto sostanziale dell'operazione posta in essere. La ragione di questa impostazione risiede nella circostanza che raramente l'operazione potenzialmente commissoria viola direttamente l'art. 2744 c.c. Anzi, nella maggior parte dei casi la violazione del divieto di stipulazioni commissorie è conseguita indirettamente. In tale prospettiva i giudici di legittimità, muovendo dalla teorica della causa in concreto, hanno concentrato la loro attenzione sull'interesse che in concreto l'operazione contrattuale è destinata a realizzare. Se lo stesso consiste nel trasferimento della proprietà al creditore come conseguenza dell'inadempimento, senza che sia previsto un meccanismo di riequilibrio, il negozio (o la pluralità di negozi), benché lecito, è qualificabile come fraudolento in applicazione dell'art. 1344 c.c., in quanto diretto ad eludere (indirettamente) il divieto di cui all'art. 2744 c.c. e come tale nullo (ex 1344 c.c.)

[3].

Sulla scorta di tali premesse la giurisprudenza ha sancito la nullità ai sensi dell'art. 1344 c.c.: della vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'obbligazione garantita, ove l'effetto traslativo consegue alla verifica dell'inadempimento dedotto quale evento condizionante l'efficacia del negozio; della vendita risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligazione garantita, che in caso di inadempimento consente al creditore di trattenere il bene concesso in garanzia^[4]; della vendita con patto di riscatto, qualora il versamento del denaro da parte del compratore non è qualificabile come pagamento di un prezzo ma come erogazione di un mutuo. Il trasferimento del bene in questa ipotesi assolverebbe ad una funzione di garanzia temporanea, destinata ad

evolversi diversamente a seconda che il venditore (mutuatario) adempia o meno all'obbligo di restituzione^[5]. Ha, inoltre, dichiarato la nullità del contratto socialmente tipico di sale and lease back, a condizione che si accerti la sussistenza di una delle seguenti condizioni: situazione di debito e credito tra la società finanziaria e l'impresa utilizzatrice, difficoltà economiche di quest'ultima, sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente^[6].

2. La ragione del divieto di stipulazioni commissorie e la distinzione tra le varie forme di alienazioni in garanzia

Così delineati gli elementi strutturali che connotano come commissorie determinate stipulazioni, conviene soffermarsi sulle ragioni del divieto per esse previsto dal disposto di cui agli art. 2744 e 1963 c.c.

In primo luogo, tenuto conto della collocazione della previsione generale del divieto all'art. 2744 c.c., nel libro VI del c.c. dedicato alla tutela dei diritti, si può ritenere che esso sia posto a presidio del sistema di attuazione coattiva dei diritti di credito, evitando forme di autotutela esecutiva di fonte convenzionale. Queste ultime potrebbero infatti pregiudicare il meccanismo tipico che conforma i diritti reali di garanzia, che attribuiscono al creditore (pignoratizio o ipotecario) la facoltà di far espropriare il bene in caso di inadempimento del debitore e di essere preferito nella distribuzione del ricavato derivante dalla vendita forzata del bene oggetto di garanzia. L'alterazione vi sarebbe in quanto tramite le stipulazioni commissorie il creditore (pignoratizio o ipotecario) potrebbero bypassare tali fasi appropriandosi direttamente del bene in presenza dell'inadempimento del debitore.

Tale evenienza inoltre, in caso di pluralità di creditori, potrebbe menomare lo stesso principio della par condicio creditorum cristallizzato all'art. 2741 c.c. E' innegabile che l'appropriazione diretta del bene tramite meccanismo commissorio senza passare attraverso le procedure esecutive giurisdizionali sottrae alla garanzia patrimoniale un bene sul quale altri creditori non potranno soddisfarsi.

Ma più in generale, nella prospettiva di un contemperamento tra ragioni creditorie e debitorie non va tralasciato che è immanente al concetto stesso di garanzia del credito un equilibrio tra il valore del bene concesso in garanzia e valore del credito garantito, tale per cui il creditore non può ottenere più di quanto gli spetta e il debitore non deve prestare più di quanto dovuto. Equilibrio che non potrebbe essere garantito nelle stipulazioni commissorie stante l'assenza di un meccanismo di riequilibrio operante nei casi in cui sia ravvisabile una sproporzione tra valore del bene concesso in garanzia e credito garantito. Assenza che potrebbe comportare in questi casi un ingiustificato arricchimento del

creditore in danno del debitore^[7].

Ed è nella logica del riequilibrio e della necessità di evitare fenomeni di ingiustificato arricchimento derivanti da stipulazioni commissorie che va ricercata la distinzione tra queste ultime e le figure che pur appartenendo alla categoria delle alienazioni in garanzia, non sono vietate. A tal proposito rilevano il patto marciano e il pegno irregolare. Quest'ultima figura trova disciplina positiva all'art. 1851 c.c. Pur essendo espressamente qualificato dal legislatore in termini di pegno, il pegno irregolare non costituisce una figura di pegno in senso proprio.

In primo luogo differente ne è l'oggetto, consistente in denaro o altre cose fungibili, che passano in proprietà al creditore, che può conseguentemente disporre, a differenza di quanto accade in caso di pegno in senso proprio. Ulteriori divergenze tra le due figure vanno ravvisate nel meccanismo cui dà luogo il pegno irregolare in caso di adempimento o inadempimento del debitore. Nel primo caso infatti il creditore deve restituire non già l'idem corpus ma il tantundem eiusdem generis et qualitatis, ossia la medesima quantità di pezzi monetari o di titoli che gli era stata consegnata. In caso di inadempimento viceversa il creditore insoddisfatto dovrà restituire solo l'eventuale eccedenza derivante dalla differenza tra il valore delle cose consegnate e valore del credito garantito. Non avendo il pegno irregolare natura di pegno in senso proprio allo stesso non sarà applicabile la disciplina generale dettata per tale ultima figura.

Da quanto esposto si desume che il pegno irregolare, pur condividendo con le stipulazioni commissorie il profilo dell'effetto traslativo in funzione di garanzia, non ricade entro il raggio del divieto di cui all'art. 2744 c.c. in quanto, in caso di inadempimento, non si realizza una sproporzione tra valore del bene ceduto in garanzia e credito garantito, stante l'operatività del meccanismo della restituzione dell'eccedenza che ne costituisce elemento costitutivo tipico.

Meccanismo su cui è imperniato anche il patto marciano, che come il patto commissorio e il pegno irregolare, stante l'appartenenza comune alla generale categoria delle alienazioni in garanzia, dà luogo ad una vicenda traslativa sorretta da causa di garanzia e non già di scambio. Ma la differenza tra stipulazioni commissorie e stipulazioni marciane risiede nella mancata previsione per le prime del meccanismo di riequilibrio fondato sulla restituzione dell'eccedenza, che consente di bilanciare la peculiare connotazione causa – effetto che contraddistingue le alienazioni in garanzia. Il che consente di spiegare la generale ammissibilità del patto marciano e del pegno irregolare e l'inammissibilità delle stipulazioni commissorie.

Venendo alla disamina del patto marciano, vi è da rilevare che per tale figura il legislatore

più che codificare un modello generale sulla falsariga del patto commissorio e del pegno irregolare, ha tratteggiato la fisionomia di due figure speciali di stipulazioni marciiane, cristallizzate agli art. 48-bis e 120-quinquiesdecies T.U.B. La prima delle suindicate norme trova applicazione con riferimento ai contratti di finanziamento conclusi tra imprenditore e banche (o intermediari finanziari), che possono essere garantiti dal trasferimento, a favore del creditore, della proprietà di immobili o di altri diritti reali immobiliari. Trasferimento, precisa la norma, condizionato sospensivamente all'inadempimento del debitore. Il patto di garanzia prefigurato al c. 1 art. 48-bis è operante, secondo il c. 2 della norma de qua, a condizione che al proprietario venga corrisposta la differenza tra valore stimato del diritto e ammontare del debito inadempito. Nella stessa prospettiva tracciata dal legislatore con l'art. 48-bis si colloca l'art. 120-quinquiesdecies, che configura una ulteriore ipotesi di alienazione in garanzia concernente beni immobili. La norma, a differenza dell'art. 48-bis, trova applicazione con riferimento ai contratti di credito stipulati da un consumatore con un finanziatore. Dunque l'elemento che consente di distinguere le due norme è ravvisabile nel termine di riferimento soggettivo del contratto (consumatore e non imprenditore). Sotto il profilo oggettivo l'art. 48-bis e l'art. 120-quinques prevedono un medesimo schema, ossia un'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata all'inadempimento del consumatore/imprenditore. Inoltre, anche nell'ipotesi disegnata all'art. 120-quinquiesdecies opera un meccanismo di riequilibrio concernente il rapporto tra valore del bene concesso in garanzia e valore del credito garantito e che può concretarsi in un eventuale diritto all'eccedenza per il consumatore nell'ipotesi in cui il valore del bene dato in garanzia risulti superiore al valore del credito garantito.

Alla luce delle premesse svolte si può ritenere che in presenza di meccanismi di riequilibrio l'eventuale alienazione in garanzia non sarà qualificabile come commissoria (e come tale nulla) ma, alle condizioni in precedenza indicate, potrà integrare una forma di tutela marciiana.

3. Le cessioni del credito in funzione di garanzia

Un discorso a sé merita la controversa figura della cessione del credito in funzione di garanzia, la quale costituisce una delle declinazioni che può assumere in concreto il modello generale della cessione del credito, rappresentando una proiezione della variabilità causale che connota quest'ultimo.

In linea di massima è configurabile cessione del credito in funzione di garanzia allorquando il debitore (cedente) trasferisce al creditore (cessionario) uno o più crediti a garanzia di un'obbligazione che quest'ultimo ha nei confronti del primo.

Il primo problema che pone la figura negoziale in esame è quello della sua ammissibilità, che può essere affermata argomentando circa la prefata variabilità causale del modello generale che si presta a realizzare per sua stessa natura un effetto traslativo in funzione di garanzia.

Parte della dottrina^[8] propende per l'ammissibilità della figura della cessione del credito in funzione di garanzia argomentando dalla lettera dell'art. 2744 c.c., nel cui raggio d'azione non sembrerebbero ricomprese le operazioni di trasferimento concernenti diritti di credito.

Il secondo problema concerne la compatibilità della figura in esame con il divieto di stipulazioni commissorie di cui all'art. 2744 c.c. La risoluzione del medesimo dipenderà dal come le parti abbiano congegnato in concreto la cessione del credito in funzione di garanzia, che può essere realizzata attraverso diversi schemi.

In primo luogo debitore-cedente e creditore-cessionario potrebbero strutturare la cessione de qua modulandola secondo la logica del negozio fiduciario. Così facendo uno degli elementi strutturali della fattispecie sarebbe costituito dall'obbligo del cessionario di ritrasferire il credito ceduto al cedente una volta che quest'ultimo abbia adempiuto. La problematicità di questo tipo di operazione è data dalla efficacia inter partes del pactum fiduciae, con conseguente inopponibilità della pattuizione ai terzi cui il cessionario abbia a sua volta ceduto il credito. Ne deriva che in tal caso l'unica tutela esperibile dal debitore cedente (fiduciante) è di tipo risarcitorio.

Una seconda forma è data dalla cessione del credito risolutivamente condizionata all'adempimento, con immediato trasferimento del diritto di credito al creditore-cessionario che ne acquista così la titolarità. Quest'ultima tuttavia è connotata da un'intrinseca precarietà, potendo venir meno in caso di adempimento. Da tale circostanza discende che il creditore-cessionario, benché acquisti immediatamente la titolarità del credito ceduto, non possa esigerlo almeno fino a quando l'effetto traslativo non si stabilizzi. Il che richiede che alla scadenza il debitore non adempia l'obbligazione garantita.

In terzo luogo, le parti potrebbero dar vita ad una cessione in funzione di garanzia sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore cedente, che potrebbe trattenere il credito solo in caso di adempimento. In questo caso l'effetto traslativo è dunque subordinato alla verifica dell'inadempimento di quest'ultimo, che rimane, a differenza della cessione risolutivamente condizionata, titolare del diritto di credito. Ma anche in tale fattispecie trattasi di una titolarità precaria destinata a venir meno in caso di inadempimento e a perdere il connotato di precarietà solo in caso di adempimento.

Diversi i problemi che pongono la seconda e terza forma di cessione del credito in funzione di garanzia. Quanto alla cessione risolutivamente condizionata si è posta la questione della retrocessione del credito ceduto in caso di adempimento da parte del debitore, discutendosi se la medesima sia automatica o meno^[9]. Trattandosi di un negozio risolutivamente condizionato troverà applicazione l'art. 1360 c.c. in forza del quale, al verificarsi dell'adempimento dedotto quale condizione risolutiva del rapporto, quest'ultimo si scioglierà retroattivamente. Ne consegue l'insorgenza di un obbligo di retrocessione in capo al creditore – cessionario senza che al riguardo intervenga apposita pattuizione tra quest'ultimo e debitore cedente.

Problema comune alle due figure di cessione condizionata del credito in funzione di garanzia è quello dell'equilibrio tra credito garantito e credito ceduto nell'ipotesi in cui il valore del primo sia inferiore al secondo. Problema che nella cessione risolutivamente condizionata si produrrà solo in caso di adempimento mentre nella cessione sospensivamente condizionata si determinerà nell'ipotesi di inadempimento.

In entrambi i casi, a condizione che si tratti di crediti pecuniari, può trovare applicazione l'art. 2803, applicabile analogicamente^[10], che consentirà al creditore cessionario di poter esigere il credito ceduto alla scadenza e ritenere dal denaro ricevuto la somma necessaria al soddisfacimento delle sue ragioni. Possibilità di trattenimento delle somme ricevute dalla riscossione del credito ceduto subordinata, però, alla duplice condizione della scadenza del credito garantito e della restituzione del residuo al cedente. Il che consente di evitare fenomeni di ingiustificato arricchimento del creditore in danno del debitore e di rendere per tale via compatibile con il divieto di stipulazioni commissorie la cessione del credito in funzione di garanzia.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Sulla validità di una datio in solutum per la diversa incidenza sulla psiche del soggetto M.PARADISO, Corso di istituzioni di diritto privato, 2018, pag. 305 ..”altro è prospettarsi l’eventualità futura di perdere un bene ove non si paghi, altro è privarsi subito della proprietà di un bene al fine di estinguere un debito già scaduto”

[2] Cass. sent. n. 1075/2016

[3] Cass. sent. n. 4729/2019; Cass. sent. n. 22903/2018

[4] Cass. sent. n. 24917/2018

[5] Cass. sent. n. 4514/2018

[6] Cass. sent. n. 5438/2006

[7] In tale prospettiva anche M. PARADISO, op. da ult. citata, p. 305, per il quale “con il divieto del patto commissorio si sono voluti evitare approfittamenti da parte del creditore, escludendo che egli possa far leva sulla condizione di bisogno del debitore per realizzare un ingiustificato arricchimento a suo danno, approfittando di beni di valore superiore al credito garantito”.

[8] F. ALCARO, Diritto privato, p. 470

[9] Cass. sent. n. 18176/2004, 280/2001 propendono per un ritrasferimento comunque automatico. Parte della dottrina, F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, p. 678, sostiene che “la tesi giurisprudenziale di un ritrasferimento comunque automatico è dunque opinabile”

[10] Sul punto P. PERLINGIERI, Cessione dei crediti, art. 1260-1267, in Comm. c.c., a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 39 e ss; F.GAZZONI, Manuale di diritto privato, 2019, pag. 679

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5465>