

Tema civile

Premessi cenni sulle forme di garanzia del diritto di credito e sui principi che reggono il sistema della responsabilità patrimoniale, si tratti delle alienazioni in garanzia con riguardo ai rapporti con la prestazione in luogo dell'adempimento e con la vendita con locazione finanziaria di ritorno (cd. sale and lease back)

Impostazione sistematica “ideale”.

Parte Prima. Le forme di garanzia del credito e responsabilità patrimoniale

A. Forme di garanzia: nozione

Il sistema di garanzia giuridica designa in generale la funzione di sicurezza del soddisfacimento del diritto di credito.

B. Garanzia oggettiva e soggettiva

La garanzia si distingue in garanzia oggettiva e garanzia personale.

La garanzia oggettiva si caratterizza per il fatto di avere ad oggetto beni. Nel suo ambito si collocano la garanzia patrimoniale generica e le garanzie specifiche.

La garanzia personale si caratterizza per il fatto che al debitore si affianca un altro soggetto che garantisce, con il suo patrimonio, l'adempimento del debito.

C. Responsabilità patrimoniale e garanzia generica e specifica su beni

C.1. Nozione: art. 2740, co. 1, cod. civ. prevede che «*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*». Viene sancito il principio della personalità e della universalità di tale responsabilità. Nella prospettiva dei creditori, principio cardine è quello della *par condicio*.

C.2. Limitazioni legali al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale: il secondo comma dell'art. 2740 cod. civ. dispone che «*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*».

C.2.1. Natura o funzione di determinati beni o valori (ad esempio, l'art. 514 cod. proc. civ. dispone che alcune cose mobili non sono assolutamente pignorabili).

C.2.2. Presenza di patrimoni separati (ad esempio art. 2247 bis cod. civ.).

C.2.3. Utilizzazione dello “schermo” della personalità giuridica.

C.3. Limitazioni legali al corollario della par condicio in presenza di cause legittime di prelazione:

l'art. 2741 cod. civ. dispone che «*i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione*», rappresentate da ipoteca, pegno e privilegio.

Si tratta di diritti reali di garanzia, che presentano le caratteristiche dei diritti reali: immediatezza, assolutezza e inerenza del diritto alla cosa. A tali caratteristiche si uniscono: i) l'accessorietà, che

implica l'estinzione del diritto di garanzia in conseguenza dell'estinzione del rapporto obbligatorio; *ii*) la specialità, in quanto (ad eccezione del privilegio generale) queste forme di garanzia hanno sempre ad oggetto beni specifici. Per il principio del numero chiuso dei diritti reali, nonché in considerazione dei principi di universalità della garanzia patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) e della *par condicio creditorum* (art. 2741 cod. civ.), non sono ammesse forme di garanzia reale diverse da quelle tipizzate.

D. Garanzia personale

In caso di garanzia personale non venendo in rilievo vincoli su beni ma contratti che producono effetti obbligatori sono ammesse anche forme di garanzia atipiche.

Nel suo ambito si collocano, tra gli altri, il contratto di fideiussione, il contratto autonomo di garanzia, la polizza fideiussoria, le lettere di *patronage* e la cauzione.

Parte seconda: alienazione in garanzia

1. Divieto del patto commissorio

A. Nozione: art. 2744 cod. civ. prevede la nullità del patto con cui si conviene che in caso di mancato pagamento del credito nel termine la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passa al creditore.

B. Struttura: esistenza di un rapporto obbligatorio; previsione di una garanzia mediante la stipulazione di un negozio costitutivo di pegno, ipoteca o anticresi su un bene determinato e l'aggiunta di un patto (il commissorio, appunto), in forza del quale si conviene che la proprietà del suddetto bene si trasferisce in caso di mancata esecuzione dell'obbligazione principale alla scadenza del termine.

C. Natura: alienazione in garanzia sospensivamente condizionata.

D. Funzione: tutelare la libertà del debitore; garantire la *par condicio* condizionata all'inadempimento; escludere l'autotutela esecutiva assicurando la regola della tutela giudiziale.

E. Ambito applicativo: vendite sospensivamente e risolutivamente condizionate.

F. Rimedi: *i*) nullità per frode alla legge, se si segue la tesi tradizionale oggettiva della causa come funzione economico-sociale; *ii*) nullità per violazione diretta dell'art. 2744 cod. civ., se si segue la tesi della causa in concreto, con conseguente incompatibilità tra causa di garanzia e causa della vendita.

2. Patto marciano

A. Nozione: si prevede che, a seguito dell'alienazione in garanzia, il creditore che ha ricevuto in proprietà il bene deve corrispondere al debitore una somma pari alla differenza tra il valore del bene e l'entità del credito vantato.

B. Casi tipizzati: *i*) prestito vitalizio ipotecario (art. 22 *quaterdecies*, commi 12 e 12 *quater*, d.l. n. 203 del 2005); *ii*) finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato (art. 48 *bis*, d.lgs. n. 385 del 1993); *iii*) credito immobiliare ai consumatori (art. 120 *quinqüesdecies*).

C. Ammissibilità di un patto marciano convenzionale:

C.1. Tesi negativa: si valorizza la funzione che è anche quella di assicurare la *par condicio* tra i creditori e, pertanto, occorre sempre una previsione di legge; inoltre, i casi previsti sono eccezionali e, in quanto tali, non sono suscettibili di applicazione analogica.

C.2. Tesi positiva: i casi previsti dimostrano l'ammissibilità del patto marciano convenzionale essendo gli stessi espressione di un principio generale e, pertanto, sono suscettibili di applicazione analogica.

Parte terza: dazione in pagamento

A. Descrizione dell'istituto. L'art. 1197 cod. civ. prevede che: *i*) il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore vi consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita (comma 1); *ii*) se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno (comma 2).

B. Natura giuridica

L'orientamento prevalente ritiene che si tratti di un contratto reale, nel senso, però, che si attua soltanto mediante l'adempimento dell'obbligazione.

C. Rapporti con il patto commissorio

La giurisprudenza prevalente ritiene che non vi sia incompatibilità: la dazione in pagamento assolve ad una funzione tipicamente solutoria ed è risultato di una libera scelta¹ che si attua di norma al momento della scadenza dell'obbligazione, mentre il patto commissorio realizza un trasferimento allo scopo di garantire l'adempimento di un debito ed opera secondo un meccanismo, sopra descritto, che comporta, in via definitiva, il trasferimento del diritto di proprietà².

¹ Cass. civ., sez. II, 18 agosto 2020, n.19508: “*il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., è configurabile solo quando il debitore sia costretto al trasferimento di un bene, a tacitazione dell'obbligazione, e non anche ove tale trasferimento sia frutto di una scelta, come nel caso in cui venga liberamente concordato quale "datio in solutum" (art. 1197 c.c.), ovvero esprima esercizio di una facoltà che si sia riservata all'atto della costituzione dell'obbligazione medesima (art. 1286 c.c.)*”

² Cass. civ. sez. II, 17 giugno 2022, n.19694, ha affermato che “*Nel tratteggiare la distinzione tra funzione di scambio e funzione di garanzia, questa Corte, in più occasioni, ha chiarito che non è ravvisabile il patto commissorio nelle ipotesi in cui il trasferimento o la promessa di trasferimento siano finalizzati non già a garantire l'adempimento di un'altra*

La possibilità concreta che la prestazione in luogo dell'adempimento diventi uno strumento per eludere il divieto del patto commissorio si verifica nei casi in cui la dazione viene sottoposta alla condizione sospensiva o risolutiva del pagamento del debito pregresso.

Parte quarta: sale and lease back

A. Descrizione del leasing:

Con il contratto di *leasing*, un soggetto interessato alla fruizione di una risorsa economica, la fa acquistare da un'impresa finanziaria specializzata, al fine di prenderla in godimento contro il pagamento di canoni periodici ed eventualmente divenirne proprietario, al termine del rapporto, esercitando un'apposita opzione.

L'art. 1 comma 136 della legge. 4 agosto 2017, n. 124 definisce il leasing finanziario come *“il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo”*.

B. Riferimenti normativi: legge 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, commi 136 e ss.

C. Tipologie di leasing.

Nonostante la definizione normativa di cui sopra sembrerebbe riferirsi solo al leasing finanziario, la dottrina continua a distinguere: *i) il leasing operativo*, in cui il concedente è lo stesso produttore del bene, che lo loca al cliente, consentendogliene, al termine del rapporto, l'acquisto; *ii) il leasing finanziario contempla*, invece, l'intervento dell'impresa di *leasing*, che acquista il bene su indicazione e richiesta del futuro utilizzatore, che ne diviene conduttore (con facoltà finale di acquisto); *iii) nell'ambito del leasing finanziario*, la giurisprudenza distingue *il leasing di godimento* (in cui i canoni sono determinati in funzione del godimento, con la conseguenza che l'opzione di acquisto è commisurata al valore del bene al momento del suo esercizio, che può essere basso, se il bene ha una rapida obsolescenza, o elevato, se il bene è destinato a conservare il proprio valore nel

obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto, liberando il debitore dalle conseguenze connesse alla pregressa inadempienza. E' stato osservato come il divieto del patto commissorio postuli che il trasferimento della proprietà della cosa sia sospensivamente condizionato al verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché detto patto non è configurabile qualora il trasferimento avvenga, invece, allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto. In particolare, va pertanto escluso lo scopo di garanzia quando il prezzo della compravendita sia stato utilizzato per ripianare debiti scaduti verso l'amministratore della società acquirente e nei confronti di terzi”.

tempo) e del leasing traslativo (in cui i canoni incorporano in maniera significativa il corrispettivo del bene, con la conseguenza che, alla scadenza, il prezzo di esercizio dell'opzione sarà significativamente inferiore al valore del bene a quel momento).

D. Sale and Lease back

D.1. Piano strutturale. L'istituto in esame si caratterizza per l'impiego di due diversi contratti collegati: una compravendita e un contratto di *leasing* in senso proprio. Il rapporto è bilaterale e non trilaterale come è nel normale contratto di leasing.

D.2. Piano funzionale. Si tratta di una tecnica di finanziamento dell'utilizzatore e soddisfa, come sottolineato dalla giurisprudenza, l'esigenza *“di autofinanziamento dell'impresa venditrice, ossia all'esigenza di incrementare il proprio capitale circolante attraverso lo smobilizzo di una parte del capitale fisso, senza peraltro perdere la materiale disponibilità del bene venduto”*. Nello stesso modo in cui l'impresa potrebbe ottenere un mutuo garantito da una garanzia reale su un proprio bene, soddisfa il proprio bisogno di denaro ricevendolo sotto forma di corrispettivo della vendita di un bene del quale conserva la disponibilità materiale e giuridica. La società di *leasing*, quindi, a fronte del pagamento del corrispettivo, ottiene una proprietà che, però, non comporta il diritto ad un godimento diretto. Si tratta di una proprietà chiamata essenzialmente a fornire una garanzia del regolare pagamento dei canoni e a estinguersi, al termine del rapporto, nel caso in cui l'utilizzatore decida di esercitare l'opzione di acquisto.

D.3. Leasing back e patto commissorio

La regola è la validità del contratto, ritenuto meritevole di tutela.

La giurisprudenza ritiene che, a seguito di una indagine casistica, potrebbe ritenersi che il contratto sia nullo perché configura un patto commissorio vietato.

E' costante l'affermazione che ciò si verifica quando ricorrono i seguenti elementi sintomatici della frode alla legge: *i)* presenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria (concedente) e l'impresa venditrice utilizzatrice, preesistente o contestuale alla vendita; *ii)* difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; *iii)* sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, che confermi la validità di tale sospetto.

La Cassazione, in una recente sentenza del 2023, ha affermato che *“ai fini della violazione non è necessaria la congiunta ricorrenza dei tre indici sintomatici elaborati dalla giurisprudenza, e che sono al riguardo idonei anche altri e diversi indici rivelatori, in quanto ad assumere fondamentale rilievo è la causa concreta di garanzia (in luogo dell'effettivo trasferimento dei beni) che la complessiva operazione negoziale è volta a realizzare in contrasto con il divieto normativo”*.

D.3.1. Patto marciano. Se esiste un patto marciano, configurato nel senso sopra descritto, il contratto non è comunque nullo.

Postilla. Si riporta un estratto di un articolo di dottrina (M. Ieva, *Appunti sulla dazione di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 10237) che riporta le altre tesi sulla dazione di pagamento.

1. - 1.1. - Il codice civile del 1942 all'articolo 1197 rubricato "prestazione in luogo dell'adempimento", ha introdotto la disciplina dell'istituto tradizionalmente denominato "dazione in pagamento" (*datio in solutum*).

Tale istituto, già conosciuto nel diritto romano, non aveva trovato specifica collocazione nel codice civile del 1865, il che non significa, tuttavia, che esso non facesse parte del sistema del diritto civile italiano già prima della esplicita previsione contenuta nella norma citata, come può desumersi dalla lettura degli articoli 1245 e 1929 del codice civile del 1865 e degli articoli 707 n. 2 e 709 n. 3 del codice di commercio del 1882, i quali, pur non definendo e non regolando la figura, presupponevano la sua applicazione.

La norma in esame, ribadito il principio, già affermato nel citato articolo 1245 del codice civile del 1865, secondo il quale il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, indipendentemente dal fatto che essa sia di valore uguale o maggiore, dispone che, nel caso in cui la sostituzione della prestazione sia consentita dal creditore, l'obbligazione originaria si estingue quando la diversa prestazione sia eseguita.

Le disposizioni contenute nel comma 2° dell'articolo 1197 prevedono inoltre la responsabilità del debitore per evizione e vizi della cosa secondo le norme della vendita qualora la prestazione consista nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, facendo tuttavia salva la facoltà per il creditore, in tal caso, di esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno.

Il comma 3°, infine, ripropone, in termini più generali, il medesimo principio già espresso nel citato articolo 1929 del codice civile del 1865 affermando che in ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi.

La disciplina, pur nella sua assoluta sinteticità, delinea con chiarezza i caratteri dell'istituto quale accordo, tra debitore e creditore di un preesistente rapporto obbligatorio, finalizzato all'estinzione del rapporto stesso.

Alla previsione legislativa, nonché alla elaborazione giurisprudenziale, un'autorevole dottrina ascrive il merito della soluzione dei più importanti problemi pratici ⁽¹⁾, condividendo con illustri predecessori l'affermazione secondo la quale "in tal materia rimangono aperte soltanto questioni minori, e quasi tutte d'ordine puramente dottrinario".

Per quanto attiene al profilo strutturale dell'istituto la dottrina dominante ⁽²⁾ qualifica la dazione in pagamento un contratto (con conseguente inapplicabilità dell'art. 1191 c.c.), tuttavia è stata prospettata anche una diversa ricostruzione secondo la quale la sola dichiarazione negoziale rilevante sarebbe quella del creditore che varrebbe ad attribuire alla prestazione lo stesso ruolo che nel preesistente rapporto obbligatorio era attribuito alla prestazione originaria ⁽³⁾.

1.2. - Come si è già evidenziato la fattispecie disciplinata dal legislatore fa conseguire l'estinzione della preesistente obbligazione alla esecuzione della diversa prestazione e su tale elemento si fonda l'affermazione di autorevole dottrina secondo la quale "la *datio in solutum* presuppone l'esecuzione di prestazione *con effetti immediati*... non anche l'assunzione di un obbligo. È in ciò da intendere la intrinseca "realtà" della *datio in solutum*" ⁽⁴⁾.

Un diverso orientamento intende il carattere reale della *datio in solutum* in senso proprio, ossia come attinente al momento perfezionativo del contratto ⁽⁵⁾, ma, in contrario avviso, si è sostenuto che, qualora la *datio* avesse ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene, il momento perfezionativo del contratto dovrebbe identificarsi con la manifestazione del consenso, alla stregua del principio consensualistico *ex art. 1376 c.c.* ⁽⁶⁾.

Assai più articolato è il panorama delle opinioni degli studiosi in relazione al profilo funzionale della dazione in pagamento.

L'opinione che, pur con diverse caratterizzazioni, può dirsi la più largamente condivisa è quella che qualifica la *datio in solutum* un contratto estintivo oneroso che realizza una funzione estintiva o solutoria di una preesistente valida obbligazione ponendo in rapporto tra loro una prestazione diversa da quella originariamente dovuta e la liberazione dal debito ⁽⁷⁾.

Di recente un'attenta analisi ha peraltro evidenziato che il " richiamo ad una causa di scambio non rende affatto la natura di un fenomeno la cui causa è invece nell'adempimento di un obbligo preesistente (causa solvendi) " ⁽⁸⁾ non attagliandosi in alcun modo ai c.d. negozi di prestazione, fra i quali si colloca la *datio in solutum*, l'utilizzo di categorie, come quella della causa di scambio e/o della onerosità, che sono riferite ai negozi costitutivi di obbligazioni.

Altra obiezione che viene mossa da Di Majo è che nei casi nei quali " l'obbligazione derivi da causa gratuita (es. da donazione), occorrerebbe spiegare il mutamento di causa che si realizzerebbe attraverso la *datio in solutum* ", ma tale obiezione si fonda anche sul presupposto che si consideri risolta la *vexata quaestio* della causa della donazione.

1.3. - Una tesi della quale si trova traccia già nelle fonti romane è quella che assimila la *datio in solutum* alla *vendita*, qualora con il trasferimento di un bene si estingua un'obbligazione pecuniaria, o alla permuta, nell'ipotesi in cui l'obbligazione originaria di dare una certa cosa venga estinta con il trasferimento di una cosa diversa. Tale orientamento, annoverato fra le " barocche costruzioni " ⁽⁹⁾, scompone la fattispecie sostituendo al rapporto originario una compravendita (o una permuta) per un prezzo (o una cosa di valore) corrispondente all'ammontare del debito originario e facendo conseguire l'estinzione alla compensazione tra debito originario e obbligo di pagare il prezzo, (o di eseguire la controprestazione) costituitosi in capo all'originario creditore, per l'acquisto del bene.

Occorre tuttavia precisare che tale ricostruzione non giunge a identificare i due istituti, bensì soltanto ad assimilarli al fine di rinvenire una motivazione al richiamo dei rimedi per evizione e vizi della cosa contenuto nel comma 2° dell'articolo 1197 c.c. ⁽¹⁰⁾.

Un'altra configurazione risalente della dazione in pagamento sostenuta dalla dottrina francese ravvisa nell'istituto *de quo* una *novazione oggettiva* con contemporaneo adempimento della nuova obbligazione, ma non ha riscosso consensi fra gli studiosi italiani perché svaluta la fondamentale differenza esistente tra la disciplina dell'art. 1197 c.c. e quella dell'articolo 1230 c.c.: nel primo caso l'obbligazione si estingue senza che vi sia costituzione di nuovo rapporto obbligatorio, ciò che invece accade nella novazione, nella quale l'estinzione dell'obbligazione avviene quando le parti sostituiscono ad essa una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

E proprio la natura profondamente diversa dei due istituti giustifica la assai significativa differenza di disciplina in ordine alle garanzie prestate dai terzi che " in ogni caso non rivivono " nella *datio in solutum* (art. 1197, comma 3°, c.c.), mentre " si estinguono, se le parti non convengono espressamente di *mantenerle* per il nuovo credito " nella novazione (art. 1232 c.c.).

Una diversa ricostruzione è quella secondo la quale, in cambio della prestazione dell'*aliud*, il creditore compirebbe la rinuncia al credito originario o, più esattamente, - accogliendo la puntualizzazione fatta da autorevole dottrina ⁽¹¹⁾ - la *remissione del debito* originario.

Ma Di Majo ⁽¹²⁾ ha in proposito sottolineato per un verso la difficoltà di individuare la causa dell'attribuzione che sostituisce la prestazione originariamente dovuta se si assume che il vecchio obbligo sia estinto per rinuncia da parte del creditore, salvo ritenere che dalla *datio in solutum* sorga un nuovo rapporto obbligatorio e, per altro verso, la contraddizione fra tale ricostruzione e l'intento pratico perseguito dai paciscenti e, in modo particolare, dal creditore che mira alla realizzazione del proprio credito, non certo alla rinuncia ad esso.

Una tesi ulteriore è quella che individua nella dazione in pagamento un *contratto modificativo dell'oggetto dell'obbligazione seguito da un adempimento* vero e proprio: poiché deve escludersi, secondo i sostenitori di tale opinione, che la prestazione in luogo di adempimento " possa essere qualificata anch'essa, *tout court*, come adempimento, si presenta la necessità di reperire una struttura idonea a "mediare" fra la diversa prestazione e l'obbligazione originaria ", consentendo l'estinzione

di quest'ultima nonostante la diversità oggettiva tra prestazione eseguita e prestazione dovuta e tale mediazione viene rinvenuta nell'accordo modificativo (diretto a " regolare " il rapporto alla stregua dell'art. 1321 c.c.) che, pur senza produrre novazione (arg. ex art. 1231 c.c.), produca una modificazione accessoria dell'obbligazione ⁽¹³⁾.

A tale ricostruzione si è di recente obiettato che non è necessario modificare l'oggetto dell'obbligazione per realizzare la funzione solutoria; la necessità di tale " mediazione " si fonda sulla " premessa indimostrata... che non possano esservi "surrogati" dell'adempimento ", mentre la peculiarità sinteticamente espressa dalla rubrica dell'articolo, pur nella sua limitata valenza interpretativa, è che attraverso l'istituto *de quo* il consenso del creditore rende possibile una prestazione " in luogo " dell'adempimento, laddove alla modificazione dell'oggetto seguirebbe l'esatto adempimento della prestazione dovuta. Ciò renderebbe arduo spiegare il richiamo alle norme sulla garanzia e la possibilità che la " prestazione diversa " sia offerta al creditore da un terzo e comporterebbe la necessità di distinguere tra la modificazione conseguente alla *datio in solutum* o ad altro accordo modificativo precedente l'adempimento ⁽¹⁴⁾.

L'autore da ultimo citato, esaurita la *pars destruens* ⁽¹⁵⁾, conclude l'indagine sulla natura giuridica della *datio in solutum* qualificandola un *contratto solutorio* " destinato ad operare sul terreno dell'adempimento... in funzione della realizzazione di una causa ad esso esterna (sia essa onerosa o gratuita)

Omissis.