

Argomento 4

TRACCIA

Causa del contratto, frode alla legge, divieto del patto commissorio, con particolare riferimento al contratto di *sale and lease back* e alla clausola marciana.

A. Schema per punti

1. Causa in generale. 2. Frode alla legge. 3. Divieto del patto commissorio e responsabilità patrimoniale. 4. *Datio in solutum* e patto commissorio. 5. Autotutela esecutoria e patto marciano. 6. Patti marciiani legali. 7. Patti marciiani convenzionali. 8. *Leasing*, *Sale and lease back* e patto commissorio.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

A.1. Rinvio al Manuale

Nota. *Si riporta di seguito un estratto del Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 11, Nota 228 del par. 24, pagg. 783-788, che non è stata riprodotta nella nuova edizione, da integrare con quanto detto a lezione.*

Nota di approfondimento di diritto civile.

Si riportano, di seguito, nei passaggi fondamentali, le principali problematiche relative al divieto del patto commissorio e ai suoi rapporti con il patto marciano.

In via preliminare, deve rilevarsi che l'art. 1344 cod. civ. prevede che «*si reputa, altresì, illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*».

L'art. 1344 cod. civ., la cui rubrica è «*Contratto in frode alla legge*», stabilisce che la causa si reputa illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Nell'ambito delle norme imperative occorre distinguere tra norme cd. formali e norme cd. materiali.

Le prime interdicono il raggiungimento di un risultato con determinati mezzi, lasciando libere le parti di raggiungerlo ricorrendo a procedimenti diversi da quello vietato. In tali casi, l'osservanza della lettera della legge comporta necessariamente il rispetto della sostanza. La frode, dunque, non sarebbe possibile.

Le seconde interdicono il raggiungimento di un risultato con qualunque mezzo e non soltanto attraverso il comportamento negoziale descritto nel testo della legge. In queste ipotesi i contraenti potrebbero arrivare al risultato proibito attraverso percorsi differenti da quello espressamente stigmatizzato dalla norma. L'atto posto in essere sarebbe rispettoso del significato letterale della disposizione ma contrario al suo spirito. La frode, dunque, sarebbe possibile.

La teoria tradizionale oggettiva individua gli elementi caratterizzanti la frode alla legge nell'esistenza di un contratto che persegue, mediante patti aggiunti o procedimenti indiretti o obliqui, lo stesso risultato proibito dalla norma imperativa.

Gli strumenti giuridici che consentono alle parti di operare la descritta operazione di aggiramento della norma sono il negozio indiretto e il cd. procedimento indiretto (che si realizza con il collegamento funzionale tra due o più atti negoziali).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

In questa prospettiva, lo scopo dell'art. 1344 cod. civ. sarebbe quello di permettere di ritenere nulli i contratti tipici con i quali le parti perseguono interessi in contrasto con un divieto di legge. Non potendo un contratto tipizzato avere una causa illecita, la stessa, allora, sulla base di un giudizio di equivalenza normativa, viene "reputata" illecita per poter pervenire ugualmente ad una declaratoria di invalidità. L'articolo in esame, in una prospettiva sistematica, diventa una norma di chiusura dell'ordinamento.

La teoria che sembra oggi prevalente, muovendo dalla nozione di causa in concreto, ritiene che l'istituto della frode alla legge non abbia più ragione di esistere in quanto sarebbe assorbito dall'ampliamento della portata applicativa dell'art. 1343 cod. civ.

Si sostiene che, se le parti utilizzano un contratto di per sé lecito indirizzandolo, però, mediante l'aggiunta di clausole particolari, al perseguimento di un fine ulteriore ed illecito, non rientrante tra le funzioni tipicamente svolte dal contratto stesso, deve necessariamente ritenersi che tale fine incida sull'assetto di interessi programmato dalle parti stesse.

Non si sarebbe in presenza di un contratto tipico che persegue un fine indiretto, bensì di un diverso contratto (anche atipico) che persegue direttamente il fine proibito dalla legge.

Chiarito ciò, si può analizzare la questione relativa al rapporto tra patto commissorio e patto marciano (per le indicazioni bibliografiche, relativa alla frode alla legge, si rinvia a V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, cit., 1-27; per quelle relative al patto marciano si v. oltre in questa nota).

L'art. 2744 cod. civ. prevede la nullità del patto con cui si conviene che, in caso di mancato pagamento del credito nel termine pattuito, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passa al creditore. L'art. 1963 cod. civ. estende la predetta nullità anche al contratto di anticresi.

La norma in esame viene qualificata come norma materiale che vieta il raggiungimento di un determinato risultato a prescindere dal mezzo utilizzato: essa, pertanto, ponendo un divieto di risultato, vieta qualsiasi negozio che, alla luce della sua causa in concreto, integra il divieto in esame.

In relazione alla struttura, presupposti indefettibili per l'operatività del divieto in esame sono l'esistenza di un rapporto obbligatorio, la 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), in forza del quale si conviene che la proprietà del suddetto bene si trasferisce al creditore in caso di mancata esecuzione dell'obbligazione principale alla scadenza del termine.

In relazione alla natura, il patto commissorio non sarebbe altro che un'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata all'inadempimento.

In relazione alla funzione di tale norma, si registrano diversi orientamenti.

L'opinione tradizionale ravvisa la ragione giustificativa del divieto nell'esigenza di tutela del debitore, quale contraente economicamente più debole, al fine di impedire che lo stesso possa subire pressioni o coartazioni che lo inducano a garantire il proprio adempimento mediante la cessione di un bene di valore superiore al debito contratto. In quest'ottica, parte della giurisprudenza richiede anche che vi sia sproporzione tra il debito e il valore del bene.

Secondo un'altra tesi, di matrice essenzialmente dottrinale, lo scopo principale degli artt. 2744 e 1963 cod. civ. è quello di salvaguardare il principio della *par condicio creditorum*, in quanto non si vuole che un bene del debitore sia, per soddisfare integralmente un solo creditore, sottratto alla comune garanzia della generalità dei creditori (artt. 2740 e 2741 cod. civ.).

Alcuni autori ravvisano, infine, la ragione della proibizione normativa nella necessità di assicurare il controllo del giudice sulla proporzione tra inadempimento e sue conseguenze, al fine di evitare che una simile forma di garanzia non dilaghi nella pratica negoziale determinando, così, inconvenienti socialmente dannosi, quali, ad esempio, il diffondersi dell'usura.

La prevalente ricostruzione è, comunque, quella che fonda il divieto del patto commissorio sulla duplice esigenza di protezione del debitore e di tutela dell'interesse dei creditori estranei al patto.

In relazione all'ambito applicativo, attenendosi al dato letterale degli artt. 2744 e 1963 cod. civ.,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sembrerebbe che il divieto sia circoscritto soltanto alle pattuizioni che accedano al pegno, all'ipoteca e all'anticresi. Il prevalente orientamento dottrinale ritiene, però, che tale divieto possa ricomprendere anche le convenzioni con le quali le parti abbiano programmato il trasferimento automatico del bene a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale anche in assenza della costituzione di una garanzia reale tipica sul bene oggetto del patto (cd. patto commissorio autonomo).

Si tratta di stabilire se vi rientrano anche i contratti di vendita sospensivamente o risolutivamente condizionati.

Le vendite sospensivamente condizionate si caratterizzano per il fatto che due soggetti, tra i quali esiste un rapporto di debito-credito, stipulano un contratto di compravendita di un bene subordinando il trasferimento del diritto di proprietà all'inadempimento della suddetta obbligazione. Nessuno ha mai posto in dubbio l'illiceità dell'attività negoziale realizzata perché in contrasto con il divieto del patto commissorio.

In secondo luogo, possono venire in rilievo le alienazioni risolutivamente condizionate, le quali presentano aspetti di maggiore complessità nel rapporto con il divieto del patto commissorio.

Si tratta di casi nei quali si attua un trasferimento immediato del bene il cui definitivo consolidamento in capo all'acquirente è, però, condizionato all'eventuale e futuro inadempimento da parte dell'alienante-debitore.

La giurisprudenza per lungo tempo ha ritenuto che atti negoziali così strutturati, in quanto dotati di efficacia traslativa immediata, non si pongano in contrasto né direttamente né indirettamente con gli artt. 2744 e 1963 cod. civ., sia perché non contrastano con la ragione giustificativa del divieto in esame, sia perché la proprietà passa al creditore solo successivamente all'inadempimento.

In particolare, la *par condicio creditorum* viene salvaguardata in quanto la traslazione del bene si verifica in conseguenza del libero consenso delle parti e non a seguito della mancata esecuzione della prestazione da parte del debitore. Inoltre, la volontà del debitore non subisce alcuna coartazione perché il trasferimento avviene quando questi non è ancora inadempiente.

Infine, si è affermato che il divieto del patto commissorio, riguardando le alienazioni sospensivamente condizionate, è una norma eccezionale, in quanto tale non suscettibile di una interpretazione analogica finalizzata ad estenderne la portata del divieto anche alle alienazioni ad efficacia immediata.

Tale orientamento giurisprudenziale, prevalente fino agli anni Ottanta, è stato fortemente criticato dalla dottrina sulla base del rilievo per cui non pare ragionevole fondare una linea di demarcazione tra alienazioni in garanzia lecite e illecite sulla base del momento temporale in cui si verifica l'effetto traslativo. Ciò perché, anche quando le parti programmano l'immediato trasferimento del bene, il trasferimento ha pur sempre carattere provvisorio e cautelare. L'attribuzione definitiva della proprietà al creditore rinviene, infatti, il proprio titolo giustificativo nell'inadempimento del debitore essendo la stessa subordinata alla condizione che tale inadempimento si verifichi. Dall'assunta omogeneità funzionale tra le due fattispecie di vendita sospensivamente e risolutivamente condizionata discenderebbe l'ovvia constatazione che anche queste ultime tradiscono la *ratio* sottesa al divieto del patto commissorio.

In relazione ai rimedi, tutti concordano nel ritenere che tali contratti siano nulli. Si discute, però, se sia una nullità per violazione indiretta conseguente all'applicazione, in combinato disposto, degli artt. 1344 e 2744 cod. civ. ovvero di una violazione diretta dell'art. 2744 cod. civ.

Secondo la teoria oggettiva della frode alla legge si rientrerebbe nel primo ambito e, dunque, si avrebbe violazione indiretta.

Secondo la teoria della causa in concreto si rientrerebbe nel secondo ambito, in quanto vi sarebbe incompatibilità tra la causa della vendita e quella di garanzia e, dunque, si avrebbe violazione diretta. Alla luce di quanto esposto, si tratta di stabilire se viola il divieto del patto commissorio anche la stipulazione che contempra un ulteriore patto che viene definito "patto marciano". Con esso si prevede che, a seguito dell'alienazione in garanzia, il creditore che ha ricevuto in proprietà il bene deve

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

corrispondere al debitore una somma pari alla differenza tra il valore del bene e l'entità del credito vantato.

A differenza di quanto avviene in altri ordinamenti (quale quello francese), dove il patto marciano è stato codificato dal legislatore, nel nostro ordinamento manca un fondamento espresso.

L'orientamento giurisprudenziale che sembra prevalente ritiene che la presenza di tale patto escluda la illiceità dell'operazione negoziale (Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625).

Si afferma, infatti, che la proporzione tra le prestazioni, assicurata dal patto marciano, esclude che possano ricorrere le ragioni giustificative del divieto del patto commissorio. Esso tutelerebbe, infatti, sia la libertà del debitore, che non subirebbe coercizioni proprio in ragione della suddetta proporzione di valore, sia la *par condicio creditorum*, in quanto il creditore farebbe valere le proprie ragioni su un bene proporzionato al valore del suo credito.

Se si seguisse questa impostazione, si sarebbe in presenza di una nuova forma di autotutela esecutiva. Parte della dottrina ha rilevato, criticamente, come detta ricostruzione non sia condivisibile in quanto mancherebbe una espressa previsione di legge. Essa, pertanto, introdurrebbe una forma di limitazione della responsabilità patrimoniale, mediante la previsione di una peculiare forma di garanzia, che non risulterebbe prevista dalla legge (per l'esposizione di questi orientamenti si v. G. D'Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 1 ss.; A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, cit., 1 ss.).

Negli ultimi anni è intervenuto anche il legislatore che ha previsto alcune forme legali di patto marciano. La prima fattispecie che viene in rilievo è rappresentata dal prestito vitalizio ipotecario, disciplinato dall'art. 11-*quaterdecies* commi 12 e 12-*quater*, decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, in legge 2 dicembre 2005, n. 248 e modificato dalla legge 2 aprile 2015, n. 44.

Tale prestito ha per oggetto la concessione da parte di banche o di intermediari finanziari, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o qualora si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile.

Si prevede che qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi dei suddetti eventi «*il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso*».

Si aggiunge, ed è questo l'aspetto che rileva in questa sede, che «*le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa*» (comma 12-*quater*).

La dottrina ha messo in rilievo come la struttura negoziale del prestito vitalizio ipotecario non coincida formalmente con quella del patto marciano, perché non contiene una vendita sospensivamente condizionata; tuttavia, il mandato a vendere *post mortem exequendum*, conferito per legge al finanziatore, unitamente alla previsione della perizia e della restituzione dell'eccedenza, ha uguale funzione e medesimo risultato (S. Campolattaro, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. not.*, 2017, 591 ss.).

La seconda fattispecie che viene in rilievo è l'art. 48-*bis* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, introdotto dal decreto-legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, in legge 30 giugno 2016, n. 119, rubricato «*finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*» (A. Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48-bis t.u.b. è davvero il patto marciano*, in *Corr. giur.*, 2016, 1477 ss.).

Tale norma prevede che il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico *«può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore»*.

La norma dispone che, in caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del suddetto patto *«purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento»*.

In questo caso sono previste le seguenti regole particolari rispetto alla prima fattispecie.

Innanzitutto, deve ricorrere un inadempimento qualificato che si ha quando il mancato pagamento si protrae per oltre nove mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive.

In secondo luogo, il creditore deve chiedere al Presidente del Tribunale del luogo nel quale si trova l'immobile la nomina di un perito per la stima, con relazione giurata, del diritto reale immobiliare oggetto del patto.

La terza fattispecie che viene in rilievo è l'art. 120-*quinquiesdecies*, decreto legislativo n. 385 del 1993, introdotto dal decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72, in materia di credito immobiliare ai consumatori.

Il contratto di credito indica un contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato.

Il terzo comma dispone che: *i)* fermo quanto previsto dall'art. 2744 cod. civ., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo (cd. clausola di esdebitazione); *ii)* se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero se l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza; *iii)* il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

Rispetto alle altre fattispecie, in questo caso è prevista, da un lato, la clausola di esdebitazione, dall'altro una ancora diversa modalità di accertamento del valore.

Tutte le fattispecie riportate hanno codificato forme di autotutela esecutiva.

La questione che si è posta a seguito della introduzione di tali fattispecie è se oggi il patto marciano sia ammissibile anche al di fuori delle suddette ipotesi tipiche.

Una prima possibile lettura interpretativa è nel senso che, avendo il legislatore provveduto a tipizzare alcune fattispecie, al di fuori di esse tale patto non sia ammissibile.

Non avrebbe, infatti, avuto alcun senso prevedere tali ipotesi se fosse consentito alle parti ricorrere alla forma di autotutela in esame a prescindere da una espressa previsione di legge. È bene aggiungere che gli autori che escludono, in generale, l'ammissibilità del patto marciano rinvergono nelle suddette previsioni una conferma della loro tesi.

Ulteriore ragione a sostegno di questa tesi risiederebbe nel fatto che questa forma di garanzia deroga al sistema della responsabilità patrimoniale che ammette, a tutela della *par condicio* dei creditori, forme di limitazione della garanzia generica soltanto nei casi previsti dalla legge.

Una seconda possibile lettura è nel senso che, in mancanza di un espresso divieto, valgono le ragioni

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sopra esposte a favore della sua ammissibilità, anche al di fuori della ipotesi legali. Più precisamente, si potrebbero ritenere applicabili analogicamente le norme che ammettono patti marciari tipici, ritenendo che esse non costituiscono norme eccezionali ma siano espressione di un principio generale. Si afferma, infatti, che oramai le deroghe al principio della generalità della responsabilità patrimoniale siano diventate così numerose da assurgere esse stesse a principio generale. La Corte di Cassazione, con una recente sentenza (sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844), ha ritenuto ammissibile il patto marciano, anche al di fuori dei casi previsti, in applicazione analogica dell'art. 1851 cod. civ. sul pegno irregolare (tale norma dispone che «*se a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti*»).

Se si segue questa seconda ricostruzione, rimane ulteriormente aperta la questione se debbano ricorrere le condizioni sopra riportate e, in particolare, quella che impone che la valutazione dell'immobile, per evitare facili elusioni, sia demandata ad un perito imparziale. La soluzione preferibile dovrebbe essere positiva.

B. Giurisprudenza

1. “Ratio” del divieto del patto commissorio, con riferimenti anche al patto marciano (per comodità di lettura si riporta per intero la parte motivazionale rilevante): **Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2022, n. 19694.**

Omissis.

7.7. Secondo l'orientamento tradizionale, la nullità del patto commissorio deriva dall'esigenza di tutelare il debitore, quale contraente economicamente più debole, per impedire che possa subire pressioni dal creditore che lo inducano a garantire il proprio adempimento mediante la cessione di un bene di valore superiore al debito contratto.

7.8. Un altro indirizzo dottrinale ravvisa lo scopo del divieto nella salvaguardia della par condicio creditorum: gli altri creditori, infatti, dalla cessione di un dato bene che il debitore facesse a un solo dei suoi creditori, vedrebbero sottratto quel bene alla comune garanzia della generalità dei creditori.

7.9. Altro orientamento fonda invece il divieto sulla necessità di tutelare l'interesse sociale di impedire che il patto commissorio dilaghi nella pratica negoziale e divenga una garanzia sostitutiva dei modelli legali, pegno ed ipoteca, priva della necessaria corrispondenza tra la soggezione del patrimonio del debitore e l'ammontare del debito, determinando inconvenienti socialmente dannosi, quali, ad esempio, il diffondersi dell'usura.

7.10. La giurisprudenza di questa Corte, a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite n. 1611 del 1989 e n. 1907 del 1989, ha fondato il divieto di patto commissorio sulla duplice esigenza di protezione del debitore e di tutela dell'interesse dei creditori estranei al patto. 7.11. E' stato quindi abbandonato il criterio formalistico precedentemente seguito, fondato sull'interpretazione letterale dell'art. 2744 c.c., preferendo ad esso il criterio basato invece sull'indagine funzionale dell'impianto negoziale posto in essere, in concreto, dalle parti, e finalizzato ad una più efficace tutela, tanto del debitore coinvolto in operazioni poste in essere in violazione del divieto del patto commissorio, che del principio generale della par condicio creditorum, in funzione di contrasto della creazione di strumenti di garanzia diversi da quelli previsti dalla legge. In tal modo, il divieto del patto commissorio è stato esteso a qualsiasi negozio, tipico o atipico, che sia in concreto impiegato per conseguire il fine dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito; esso può pertanto configurarsi anche ogni qual volta il debitore sia

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

comunque costretto al trasferimento di un suo bene al creditore a tacitazione dell'obbligazione (Cass. Civ. Sez. III, sentenza n. 8411 del 27.5.2003; Cass. Civ. Sez. II n. 18655 del 16.9.2004; Cass. Civ. Sez. II, 12.1.2009, n. 437).

7.12. Non è quindi possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione (Cass. Civ., Sez. II, 20.2.2013 n. 4262.).

7.13. Nello svolgimento di detto accertamento, evidentemente affidato al giudice di merito, quest'ultimo "... non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la **causa in concreto**, e, in caso di operazione complessa, valutare gli atti medesimi alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante ed il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto" (Cass. Civ., Sez. II, 10.3.2011, n. 5740).

7.14. Deve essere pertanto esaminato l'assetto complessivo degli interessi delle parti, al fine di stabilire se il procedimento negoziale attraverso il quale venga compiuto il trasferimento di un bene dal debitore al creditore **sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia** (Cass. Civ., Sez. II, 20.7.1999, n. 7740, Cass. Civ., Sez. III, 21.7.2004, n. 13580; Cass. Civ., Sez. II, 16.9.2004, n. 18655; Cass. Civ., Sez. II 8.2.2007 n. 2725, e Cass. Civ. Sez. II, 20.6.2008, n. 16953). In definitiva, a prescindere dalla natura obbligatoria, o reale, del contratto, o dei contratti, che le parti pongono in essere, ovvero dal momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi (cfr. ad es. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11924 del 23/10/1999, Rv. 530742, relativa ad una ipotesi in cui le parti avevano concluso un preliminare di compravendita non prevedente il passaggio immediato del possesso del bene promesso in vendita, proprio alla luce della funzione di garanzia, che la promessa di vendita assicurava, della restituzione, entro un certo termine, di una somma in precedenza o coevamente mutuata dal promissario acquirente; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 13598 del 12/10/2000, Rv. 540957, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4618 del 29/03/2001, Rv. 547425).

7.15. Nel tempo quindi è stata ampliata la portata dell'art. 2744 c.c., sanzionando con la nullità qualsiasi strumento pattizio in grado di raggiungere il risultato vietato dall'ordinamento, sia in modo diretto che in forme elusive.

7.16. L'ampliamento della latitudine del divieto non è stata esente da critiche da una parte della dottrina per l'intrinseca difficoltà di tratteggiarne i confini, unita alla constatazione del diffondersi di contratti, anche di derivazione comunitaria che prevedono, accanto alla causa di scambio, anche la causa di garanzia.

7.17. Si pensi, a titolo esemplificativo, al capo 1 bis del D. Lgs 385/93, recante attuazione della Direttiva n. 17/2014, che introduce il credito immobiliare ai consumatori, prevedendo che le parti possano convenire espressamente, al momento della conclusione del contratto che, in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile soggetto a garanzia reale, o dei proventi della vendita del bene, comporti l'estinzione del debito, fermo restando il diritto del consumatore all'eccedenza.

7.18. Di derivazione comunitaria sono anche i Financial Collateral Arrangements, di cui al D. Lgs 170/2004 modificato dal D. Lgs 48/2011, costituente attuazione della direttiva 44/2009 CE, che all'art. 6 comma 2 riconosce validità ed efficacia ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia "indipendentemente dalla loro qualificazione escludendo per essi il divieto di patto commissorio.

7.19. In tale ipotesi, si esclude la nullità dovuta all'aggravamento del divieto del patto commissorio in quanto si ritiene sussistente un **patto marciano - in** forza del quale, nell'eventualità di inadempimento

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

del debitore, il creditore vende il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo ritto al credito - **ritenendo che si tratti di clausola idonea a garantire il riequilibrio dell'assetto contrattuale**. In tal modo, si evitano approfittamenti del creditore in danno del debitore, purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, nel caso ed all'epoca dell'inadempimento, **sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite**, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento (Cassazione civile sez. III, 17/01/2020, n. 844).

7.20. E' stato osservato, anche in chiave comparativista, che a livello Europeo si assiste ad un ampliamento del patto marciano (tra tutte la Francia, che ha modificato nel 2006 il sistema della garanzie reali, con l'Ordonnance n. 2006-346 in relazione a varie ipotesi tra cui il credito al consumo).

7.21. Del resto, le Sezioni Unite, con sentenza n. 14650 del 5.7.2011 n. 14650, chiamate a pronunciarsi sull'applicabilità in Italia della **normativa inglese che ammette il trasferimento della proprietà di un bene in conseguenza di un patto commissorio, hanno escluso che la disposizione possa rientrare tra i principi fondanti l'ordine pubblico internazionale**, che si "sostanzia nei principi fondamentali delle nazioni civili, tra cui il divieto di patto commissorio non rientra", come dimostra che "esso non è conosciuto né vietato in una sicuramente parte rilevante dell'Unione Europea".

7.22. La giurisprudenza ha enucleato, ai fini dell'esclusione del patto commissorio la preesistenza o la contestualità del debito, l'assenza dell'illecita coercizione del debitore al trasferimento del bene, la proporzione tra il valore del bene ed il prezzo, la circostanza che il venditore non rimanga nel godimento

dell'immobile e l'obbligo di ritrasferimento al medesimo prezzo originariamente pagato.

7.23. Tali elementi non devono necessariamente essere compresenti nell'ambito dell'operazione contrattuale ma devono essere esaminati dal giudice di merito al fine di valutare se la causa concreta del contratto - che può essere di scambio con profili di garanzia- sia meritevole di tutela.

Omissis.

1.1. Divieto del patto commissorio e responsabilità patrimoniale: la vendita con patto di riscatto o di retrovendita: Cass. civ., sez. II, 21 gennaio 2016, n. 1075.

Omissis.

In particolare, è stato puntualizzato che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio), nell'ambito della quale il versamento del danaro, da parte del compratore, non costituisca pagamento del prezzo ma esecuzione di un mutuo, ed il trasferimento del bene serva solo per costituire una posizione di garanzia provvisoria capace di evolversi a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute. La predetta vendita, infatti, in quanto caratterizzata dalla causa di garanzia propria del mutuo con patto commissorio, piuttosto che dalla causa di scambio propria della vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime, perciò, una causa illecita che rende applicabile, all'intero contratto, la sanzione dell'art. 1344 c.c. (Cass. 4-3-1996 n. 1657; Cass. 20-7-2001 n. 9900;

Cass. 8-2-2007 n. 2725).

È stato rilevato, al contrario, che va esclusa la violazione del divieto del patto commissorio in caso di mancanza di prova del mutuo (cfr. Cass. 5635/05), oppure qualora la vendita sia pattuita allo scopo, non già di garantire l'adempimento di un'obbligazione con riguardo all'eventualità non ancora verificatasi che rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto (cfr. Cass. 19950/04, Cass. 7885/01), o quando manchi l'illecita coercizione del debitore a

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito che viene a contrarre (cfr. Cass. 8411/03); e che il divieto di tale patto non è applicabile allorquando la titolarità del bene passi all'acquirente con l'obbligo di ritrasferimento al venditore se costui provvederà all'esatto adempimento (Cass. 17-3-10/44 n. 6175).

Omissis.

1.2. Qualificazione dell'operazione negoziale alla luce della causa in concreto: Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 1675.

Omissis.

Incorre nella sanzione della nullità per violazione del divieto del patto commissorio posto dall'art. 2744 cod. civ. la convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, i- statuendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene ed il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene al creditore- acquirente nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore-venditore.

L'art. 2744 cod. civ. costituisce infatti una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore (Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611). Detta norma esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della par condicio creditorum. E' tale risultato che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati: con la conseguenza che, ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, manca la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita e si realizza proprio il negozio vietato dalla legge (Cass., Sez. 2^, 8 febbraio 2007, n. 2725; Cass., Sez. 2^, 12 gennaio 2009, n. 437; Cass., Sez. 2^, 10 marzo 2011, n. 5740).

Perchè la vendita realizzi una forma di garanzia impropria occorre quindi, tra l'altro, l'esistenza di una situazione di debito del venditore nei confronti dell'acquirente, preesistente o coeva alla vendita.

Omissis.

1.3. Patto marciano convenzionale e applicazione analogica dell'art. 1851 cod. civ. sul pegno irregolare: Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2020, n. 844.

Massima:

Se a un patto commissorio (il creditore trattiene la cosa data in garanzia all'inadempimento del debitore) accede un patto marciano (il creditore vende la cosa, previa stima e restituisce la eccedenza al debitore) la pattuizione non ricade nel divieto dell'art. 2744 c.c. Ciò trova giustificazione nella analogia con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a questo ultimo la eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia, ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore. Al riguardo, inoltre, non può obiettarsi che l'art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

mira anche esso a evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore. Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana.

Si riporta di seguito la parte motivazionale della sentenza:

Omissis.

Diritto

1.- *La ratio della sentenza impugnata è la seguente. Le parti hanno concluso **una vendita con funzione di garanzia**. Quelli che dal giudice di primo grado erano ritenuti elementi indiziari della simulazione (ossia difetto di corrispettivo, detenzione rimasta all'alienante, ecc.) sono invece dalla decisione di secondo grado intesi come indizi della funzione di garanzia dell'alienazione, alla quale accede il comodato.*

Si tratta dunque di una operazione effettiva e non simulata, solo che il comodato difetta di trascrizione ed è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346 (finanziaria del 2005).

Va precisato che la domanda iniziale dell'attrice era semplicemente di restituzione del bene concesso in comodato.

2.- *Il ricorso dei coniugi, alienanti e comodatari, si articola su sei motivi, il primo dei quali è però esclusivamente riferito alla moglie dell'alienante, ossia M.A., mentre gli altri cinque riguardano l'interpretazione e la qualificazione dell'operazione negoziale posta in essere.*

2.1.- *I motivi quarto e quinto possono esaminarsi congiuntamente e riguardano la corretta interpretazione e qualificazione del contratto. Essi sono fondati, con conseguente assorbimento degli altri.*

Con tali motivi si denuncia erronea interpretazione delle norme sul patto marciano, e sulla validità di esso in caso in cui accede ad un patto commissorio, e dunque degli artt. 2744, 1418 e 1344 c.c..

Per meglio intendere questi motivi, occorre ricostruire la vicenda contrattuale, ed il modo in cui l'ha interpretata la corte di merito.

In concreto, le parti hanno concluso due atti.

In un primo momento hanno stipulato un atto pubblico, davanti al notaio, qualificato come di vendita, ed ivi hanno dato atto del pagamento da parte della Ma. del corrispettivo, mediante tre assegni da venti mila Euro e mediante accollo della restante parte del mutuo.

*Con una successiva scrittura privata, le parti hanno precisato che l'alienazione che hanno concluso dal notaio è **in realtà fatta a soli fini di garanzia**, ossia quale assicurazione da parte del S. di pagamento del suo debito verso il figlio della Ma. (acquirente).*

Secondo i ricorrenti si tratterebbe di una controdedichiarazione che dimostra la simulazione della vendita, ed erroneamente sarebbe qualificata dalla corte di appello come una scrittura integrativa dell'alienazione in garanzia.

In realtà l'interpretazione fatta dal giudice di merito è immune da vizi. La controdedichiarazione si interpreta al pari di ogni altro patto privato, e la corte ha valorizzato le espressioni usate dalle parti, ossia la dichiarazione di voler attribuire alla precedente vendita uno scopo di garanzia e non di scambio.

Del resto, la controdedichiarazione è tale quando espressamente asserisce la natura simulata della dichiarazione principale, mentre qui tale natura non è affatto affermata dalle parti che non dichiarano di aver simulato la vendita davanti al notaio, bensì dichiarano di averla voluta effettivamente ma a scopo di garanzia e non di scambio.

La controdedichiarazione dunque non è di simulazione, ma di qualificazione dello scopo concreto dell'atto.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Va evidenziato peraltro come spesso si fraintende il rapporto tra vendita simulata e vendita fatta a scopo di garanzia.

La stessa prassi a volte utilizza indici presuntivi della simulazione (il possesso rimasto in capo all'alienante, la preesistenza di un debito dell'alienante a favore dell'acquirente, la mancata trascrizione), che in realtà sono indici dello scopo di garanzia.

Va considerato che quest'ultimo mira ad una proprietà momentanea in capo al creditore, e questa era in passato la ragione di autorevoli dubbi sulla circostanza che la causa di garanzia potesse essere sufficiente a sorreggere il trasferimento del diritto.

Giova brevemente ripercorrere la questione.

Secondo quest'ultima, ricostruzione lo scopo di garanzia mira a creare una proprietà temporanea in capo all'acquirente che, in caso di adempimento del debito, è obbligato alla restituzione, e questa proprietà temporanea nient'altro sarebbe che una proprietà fiduciaria, ossia una fiducia cum creditore, non ammessa nel nostro ordinamento.

E' noto che la replica migliore a questo argomento è stata di far presente che altro è la regola della tipicità dei diritti, altro quella degli atti traslativi, e che le parti possono ben trasferire un diritto tipico e nominato (la proprietà) anche con atti atipici, come, per l'appunto, una vendita fatta a scopo di garanzia.

Inoltre, la causa atipica di alienazione in garanzia non influisce sul contenuto del diritto di proprietà, nel senso di renderlo diverso da quello tipico, e ciò in quanto l'acquirente in garanzia ha tutte le facoltà di dominio proprie del proprietario, potendo disporre e godere della cosa al pari di quello; inoltre la proprietà che si realizza in capo all'acquirente non è temporanea in senso tecnico, ma è una situazione assimilabile all'acquisto sotto condizione o sotto patto di riscatto, ossia destinata a risolversi, ma nata come definitiva.

Infine, gli obblighi che gravano sull'acquirente (di retrocedere il bene in caso di adempimento) non attengono alla vendita, ma derivano da un patto aggiunto che qualifica quella vendita come fatta in garanzia; ed è il nostro caso, in cui le parti hanno previsto una controdiagnosi in tal senso, il che opera ad ulteriore dimostrazione della effettività dello scopo di garanzia.

Correttamente qualificata come vendita a scopo di garanzia, la corte avrebbe dovuto però tenere in considerazione la sua compatibilità con il divieto del patto commissorio, alla luce del fatto che le parti avevano cercato di evitare il contrasto con l'art. 2744 c.c. inserendo nello schema negoziale un patto marciano.

Secondo i ricorrenti il patto marciano rende valida la stipulazione commissoria solo se è preventivamente convenuto un **metodo imparziale di stima del bene, evitando che quest'ultima sia affidata alla discrezionalità del creditore che potrebbe dunque approfittarne.**

A conferma di questa tesi si cita il precedente di Cass. 1624/2015.

La tesi, come si è detto è fondata, ma la questione esige un chiarimento.

Intanto, va chiarito perchè mai se ad un patto commissorio (il creditore trattiene la cosa data in garanzia all'inadempimento del debitore) accede un patto marciano (il creditore vende la cosa, previa stima, e restituisce l'eccedenza al debitore) la pattuizione non ricade nel divieto dell'art. 2744 c.c.

Tradizionalmente si argomenta dalla ratio della norma suddetta. Siccome l'opinione prevalente ritiene che la ratio del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una ratio diversa, ad esempio la tutela della par condicio creditorum, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore.

In realtà la liceità del patto commissorio cui accede un patto marciano sta nell'analogia con il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore.

Nè può obiettarsi che l'art. 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'art. 2744 c.c., ma rispettoso della medesima ratio, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore.

Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciiana.

Come ricordato da questa corte, è necessario che le parti abbiano previsto "meccanismi oggettivi e proceduralizzati che.... permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito; per la stessa ragione, non avrebbe tale effetto la verifica del "giusto prezzo" al momento della conclusione del contratto" (Cass. 1625/2015).

Più precisamente occorre che la stipulazione " preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento (cfr. art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purchè siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perchè il surplus gli sarà senz'altro restituito" (Cass. N. 1625/2015).

Nella fattispecie queste condizioni non risultano rispettate, mancando del tutto la previsione di criteri di stima oggettivi che assicurino la valutazione imparziale del valore del bene per il successivo momento della eventuale vendita.

Nè può considerarsi tale l'indicazione della persona del marito della creditrice, indicato come tale da farsi garante del rispetto dell'accordo, indicazione che ovviamente è talmente generica da non soddisfare le condizioni di obiettività della stima che si sono prima specificate.

L'accoglimento del quarto e quinto motivo comporta assorbimento degli altri.

Il ricorso va dunque accolto nei predetti termini, e la sentenza cassata con rinvio.

Omissis.

1.4. Contratto di sale and lease back: Cass. civ., sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1273.

Omissis.

E' bene premettere che la complessa operazione di "sale and lease back" dà luogo a un contratto sinallagmatico con cui un'impresa vende un bene strumentale di sua proprietà ad una società finanziaria (concedente), la quale ne paga il prezzo e contestualmente lo concede in locazione finanziaria alla stessa impresa venditrice, verso il pagamento di un canone periodico e con la possibilità di riacquisto del bene al termine del contratto, mediante l'esercizio di un diritto di opzione, per un prezzo normalmente molto inferiore al valore del bene.

La circostanza che il bene venduto rimanga, di regola, nella disponibilità del venditore, il quale

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

continua ad usarlo corrispondendo canoni periodici di "leasing" e con la possibilità di riacquisto al termine del contratto, ha indotto dottrina e giurisprudenza a interrogarsi circa la liceità dell'operazione di "lease back" (altrimenti detta locazione finanziaria di ritorno), stanti le indubbe somiglianze tra questa fattispecie contrattuale e le alienazioni a scopo di garanzia; e segnatamente a chiedersi se e a quali condizioni sia possibile che il contratto di "lease back" possa costituire il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.), ovvero che, sotto le spoglie del contratto in parola, si celi un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c..

La giurisprudenza di legittimità è ormai pervenuta a ritenere, in linea di massima, astrattamente valido lo schema contrattuale del "lease back", in quanto contratto d'impresa socialmente tipico, ferma la necessità di verificare, caso per caso, l'assenza di elementi patologici sintomatici di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, volto cioè ad aggirare, con intento fraudolento, il divieto di patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c., e pertanto sanzionabile, per illiceità della causa, con la nullità, ai sensi del cit. art. 1344, in rel. all'art. 1418 c.c., comma 2.

Orbene, gli elementi ordinariamente sintomatici della frode alla legge sono essenzialmente tre, così individuati: la presenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria (concedente) e l'impresa venditrice utilizzatrice, preesistente o contestuale alla vendita; le difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, che confermi la validità di tale sospetto. Soltanto il loro concorso vale a fondare ragionevolmente la presunzione che il "lease back", contratto d'impresa per sè lecito, sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio e sia pertanto nullo perchè in frode alla legge (sull'intero tema, cfr. Cass. 21 luglio 2004 n. 13580; 7 maggio 1998 n. 4612; 22 aprile 1998 n. 4095; 19 luglio 1997 n. 6663; 16 ottobre 1995 n. 10805).

L'accertamento del carattere fittizio di un contratto di "sale and lease back", per la presenza di indizi sintomatici di un'anomalia nello schema causale socialmente tipico del contratto in questione, costituisce naturalmente un'indagine di fatto, insindacabile in sede di legittimità solo se adeguatamente e correttamente motivata.

Omissis.

Il contratto di sale and lease back si configura secondo uno schema negoziale, socialmente tipico (in quanto frequentemente applicato, sia in Italia che all'estero, nella pratica degli affari), caratterizzato da una specificità tanto di struttura quanto di funzione (e, quindi, da originalità e autonomia rispetto ai «tipi» negoziali codificati), e concretamente attuato attraverso il collegamento tra un contratto di vendita di un proprio bene di natura strumentale da parte di un'impresa (o di un lavoratore autonomo) ad una società di finanziamento che, a sua volta, lo concede contestualmente in leasing all'alienante il quale corrisponde, dal suo canto, un canone di utilizzazione con facoltà, alla scadenza del contratto, di riacquistarne la proprietà esercitando un diritto di opzione per un predeterminato prezzo. Manca, pertanto, nella fattispecie negoziale de qua quella trilateralità propria del leasing, potendo essere due (e soltanto due) i soggetti dell'operazione finanziaria (e, conseguentemente, le parti del contratto), in quanto l'imprenditore assume la duplice veste del fornitore-venditore e dell'utilizzatore, secondo un procedimento non diverso da quello dell'antico costituito possessorio. Ne consegue che il negozio di sale and lease back viola la ratio del divieto del patto commissorio, al pari di qualunque altra fattispecie di collegamento negoziale, sol che (e tutte le volte che) il debitore, allo scopo di garantire al creditore l'adempimento dell'obbligazione, trasferisca a garanzia del creditore stesso un proprio bene riservandosi la possibilità di riacquistarne il diritto dominicale all'esito dell'adempimento dell'obbligazione, senza, peraltro, prevedere alcuna facoltà, in caso di inadempimento, di recuperare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito, con un adattamento funzionale dello scopo di garanzia del tutto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

incompatibile con la struttura e la ratio del contratto di compravendita, mentre l'esistenza di una concreta causa negoziale di scambio (che può riguardare, o meno, tanto il sale and lease back quanto lo stesso leasing finanziario) esclude in radice la configurabilità del patto vietato (nell'affermare il principio di diritto che precede, la Corte suprema ha, con riferimento alla fattispecie concreta, ritenuto l'esistenza di un patto commissorio celato sotto le vesti del leasing finanziario, con esclusione della fattispecie del sale and lease back - pur predicata dalla Corte di merito - atteso il carattere trilatero del contratto stipulato dalle parti e rilevata altresì l'indiscutibile esistenza di un collegamento negoziale tra gli atti di compravendita, fideiussione, accensione di ipoteca e locazione finanziaria nella specie intervenuti.

Omissis.

1.5. Sale and lease back e patto marciano: Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2023, n. 16367.

Omissis.

E' opportuno premettere che la (OMISSIS) S.p.a. agisce quale titolare del credito originariamente facente capo alla (OMISSIS) S.p.a., (OMISSIS) S.p.a. e (OMISSIS) S.p.a. risultano entrambe incorporate dalla (OMISSIS) S.p.a. e (OMISSIS) S.p.a. e' la nuova denominazione della (OMISSIS) S.p.a.

Le impugnazioni, in quanto proposte contro la stessa sentenza, devono essere riunite, ai sensi dell'articolo 335 c.p.c.

La (OMISSIS) S.p.a., già' (OMISSIS) S.p.a., censura come segue la sentenza della Corte d'Appello di Ancona.

Con il primo motivo pone censure ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 in relazione agli articoli 2744, 1344 e articolo 1418 c.c., comma 2, nonché degli articoli 2359 e 2947 c.c.; sostiene che la Corte d'Appello ha errato nel ritenere la compresenza dei tre indici rilevatori di un contratto simulato, dunque nullo, essendo la controllante banca e la controllata società di leasing due autonome e distinte realtà giuridiche.

Con il secondo mezzo deduce, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, vizio di omesso esame, per avere il giudice d'appello disatteso le risultanze in merito ai rapporti di credito-debito ritenuti inesistenti tra l'impresa cliente e l'impresa finanziatrice; lamenta non essersi considerato che le società di leasing all'epoca erano connotate da identica soggettività giuridica delle rispettive banche, queste effettivamente esposte verso l'impresa, mentre l'altra società di leasing non era legata ad una banca con poste creditizie verso l'impresa cedente.

Con il terzo motivo denuncia violazione e (o) falsa applicazione di legge processuale, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 in relazione agli articoli 99 e 112 c.p.c., nonché dell'articolo 345 c.p.c. e in particolare la violazione, in primo grado, del principio di correlazione tra chiesto e pronunciato, traslato nel giudizio di appello nel divieto di domande nuove.

Con il quarto motivo denuncia violazioni, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 in relazione agli articoli 342 e 163 c.p.c., con riferimento alle produzioni documentali in fase di appello, ritenute idonee a fondare la pronuncia di condanna alla restituzione delle somme corrisposte a titolo di canoni in favore della curatela fallimentare e in assenza di qualsivoglia ulteriore attività istruttoria. La ricorrente incidentale (OMISSIS) S.p.a. propone tre motivi di impugnazione, con le seguenti censure.

Con il primo motivo deduce, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, per il mancato accertamento dell'accordo simulatorio che sarebbe intercorso tra le parti ed il complessivo contesto di fatti ed atti ad essi attribuiti.

Con il secondo motivo deduce, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione degli articoli 1322 c.c., comma 2, articoli 1344 e 2744 c.c. per avere la Corte di Appello confermato la nullità del contratto di sale and lease back senza accertare gli elementi elaborati in materia dalla

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

giurisprudenza di legittimità, oltre che per non corretta sussunzione della fattispecie nell'ambito applicativo della norma di legge applicata.

Con il terzo mezzo deduce errore del procedimento, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4 per violazione dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, la sentenza della Corte d'Appello asseritamente recando motivazione solo apparente, non espressione di un autonomo processo deliberativo ma di una generica condivisione delle argomentazioni del giudice di primo grado, senza alcun esame critico dei formulati motivi di gravame.

Con i due motivi di ricorso incidentale (OMISSIS) S.p.a., denuncia violazione ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, degli articoli 1344, 1418 c.c., comma 2, e articolo 2744 c.c., per avere la Corte d'Appello di Ancona confermato la nullità del contratto di sale and lease back in mancanza dei relativi elementi sintomatici indicati dalla giurisprudenza di legittimità.

Lamenta che i giudici del merito hanno erroneamente disatteso la necessaria complementarità degli elementi utili a fondare la nullità del contratto di cui si discute; mentre sotto altro profilo si duole che la Corte di merito abbia omissso di valutare che la Mediocredito, allora (OMISSIS) S.p.a., non fosse legata da alcun tipo di rapporto alle società di leasing e alle banche controllanti, difettando pertanto un rapporto credito-debito; contesta la decisione di merito altresì in ordine alla mancanza di congruità tra il valore del bene, il finanziamento ed il prezzo di vendita.

Con il 1 motivo la ricorrente incidentale (OMISSIS) S.p.a. denuncia violazione ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4, degli articoli 115 c.p.c., comma 1 in quanto, ritenuto necessario il concorso degli elementi che conducono alla patologia del contratto di sale and lease back doveva gravare sulla parte che ne postulava la nullità l'onere di provare la concorrenza dei tre elementi patologici sintomatici. La ricorrente incidentale contesta, inoltre, che la Corte d'Appello abbia d'ufficio, e non desumendolo da prove o da richieste di parte, ritenuto provato il rapporto di controllo tra (OMISSIS) S.p.a. e (OMISSIS) S.p.a. mentre detto rapporto non vi era.

Con il 2 motivo denuncia ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione degli articoli 2331 c.c., comma 1, (acquisto della personalità giuridica delle società per azioni), articolo 2359 c.c., commi 1 e 2 (controllo di società per azioni); nonché falsa applicazione degli articoli 2744 c.c. (divieto del patto commissorio), 1344 (contratto in frode alla legge) e articolo 1418 c.c., comma 2 (nullità del contratto per illiceità della causa), lamentando che in relazione al contratto di lease back il giudice territoriale ha confuso la soggettività giuridica di (OMISSIS) S.p.a. con quella della (OMISSIS) S.p.a.

Con il terzo mezzo deduce violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, degli articoli 2744, 1344 e 1418 c.c., comma 2 (nullità del contratto per illiceità della causa) in relazione agli articoli 1427, 1434, 1435, 1436 c.c. (annullabilità del contratto per violenza); data la necessità della compresenza di tutti gli elementi sintomatici enucleati dalla giurisprudenza di legittimità per poter addivenire alla dichiarazione di nullità del negozio, lamenta la totale irrilevanza al riguardo del ritardo nell'addivenire alla conclusione del contratto e la scarsa utilità ricavata dal calzaturificio; sotto ulteriore profilo, si duole non essersi dalla Corte di merito considerato che la supposta coazione dei soci del calzaturificio poteva al più comportare l'annullabilità del contratto, e non già la nullità dello stesso.

Con il quarto mezzo del ricorso incidentale (OMISSIS) S.p.a. deduce violazione ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, dell'articolo 111 Cost., comma 6 e dell'articolo 132 c.p.c., comma 2, n. 4, per carenza del "minimo costituzionale" di motivazione relativamente alla statuizione di manleva in favore di (OMISSIS) S.p.a. di quanto tenuta a corrispondere alla società fallita, con spostamento di tale responsabilità in capo a (OMISSIS) S.p.a., (OMISSIS) S.p.a. e (OMISSIS) S.p.a.

I suindicati motivi di ricorso sono complessivamente tredici, che possono essere composti in diversi gruppi, in base al criterio dell'identità o sostanziale omogeneità delle questioni poste.

Il primo motivo del ricorso di (OMISSIS) S.p.a., il secondo motivo del ricorso di (OMISSIS) S.p.a., il

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

secondo motivo del ricorso di (OMISSIS) S.p.a. e il secondo e il terzo motivo del ricorso di (OMISSIS) s.p.a. prospettano censure concernenti, da un canto l'accertamento di una serie di negozi collegati asseritamente nulli, in quanto posti in essere del divieto di cui all'articolo 2744 c.c. e, per altro verso, l'esistenza di centri di imputazione distinti delle volontà negoziali tra società bancarie e società di leasing, non potendo pertanto ritenersi sussistente in capo a queste ultime un rapporto di credito-debito nei confronti della (OMISSIS) S.r.l.

La sentenza della Corte territoriale sui detti punti risulta adeguatamente motivata, stante l'operato richiamato alla giurisprudenza di questa Corte e la relativa corretta applicazione, con individuazione nel caso concreto degli indici dell'elusione del divieto di patto commissorio.

Gli snodi essenziali delle impugnazioni sono costituiti dai motivi con i quali viene censurata l'affermazione della Corte territoriale, relativa all'effettiva realizzazione di un collegamento negoziale funzionale all'elusione del divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 c.c. e viene ritenuta sussistente una situazione di credito-debito tra le banche e la società calzaturiera che aveva concluso il negozio, laddove il leasing è stato concluso dalle diverse società non esercenti l'attività bancaria.

Nel motivare il proprio convincimento i giudici di merito si sono confrontati adeguatamente con la verifica della sussistenza dei tre requisiti indicati dalla giurisprudenza** (Cass. n. 21042 del 11/09/2017 Rv. 645552 – 01 e in precedenza Cass. n. 05438 del 14/03/2006 Rv. 587332 – 01; da ultimo, ma non richiamate dalla sentenza impugnata, in quanto successive, e comunque conformi alle precedenti, si vedano: Cass. n. 27362 del 08/10/2021 Rv. 662360 – 01 e Cass. n. 04664 del 22/02/2021 Rv. 660707 – 01;) **la cui ricorrenza in concreto è ritenuta, dalle richiamate pronunce, necessaria ai fini dell'esistenza di un patto commissorio, in relazione a un'operazione di sale and lease back, quali l'esistenza di una situazione di credito-debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente.

La Corte territoriale ha ampiamente richiamato la motivazione della sentenza di primo grado, condividendone il ragionamento, aggiungendo inoltre alcune proprie autonome valutazioni.

Avuto riguardo alla sussistenza di un rapporto di credito-debito la Corte territoriale ha ritenuto, da un lato, che la società di leasing capofila, ossia la (OMISSIS) S.p.a., era partecipata in termini ampiamente maggioritari, dalla (OMISSIS) S.p.a. e dalla (OMISSIS) S.p.a.

In particolare, l'accertamento relativo a una pregressa ragione di credito in favore del lessor, nel caso di specie le società di leasing, è stata ritenuta sussistente sulla base del collegamento societario esistente tra la società di leasing cd. capofila e le banche creditrici, e sul punto i motivi di ricorso sono incentrati sulla distinta soggettività giuridica delle società di capitali, bancarie e di leasing, non risultando peraltro adeguatamente censurata la statuizione dell'impugnata sentenza relativa a una situazione di controllo societario non in una prospettiva formale ma in senso sostanziale. Sul punto, e in prospettiva deformalizzata, è opportuno evidenziare che la sostanziale identità di soggetto creditore emerge evidente, al di là dello schema formale del controllo societario (sul punto si veda: Cass. n. 24943 del 07/10/2019 Rv. 655621 – 01), in questa fase di legittimità. atteso che la ricorrente principale (OMISSIS) S.p.a. agisce quale successore in forza di provvedimenti di commissariamento e di cessione del credito a tutela della ragione creditoria della quale era originariamente titolare la (OMISSIS) S.p.a., la (OMISSIS) S.p.a. essendo subentrata nelle posizioni di credito della (OMISSIS) S.p.a.

Emerge evidente, a tale stregua, l'identificazione soggettiva tra soggetto erogante il finanziamento e il soggetto in cui favore si è verificato l'acquisto del bene immobile, in evidente violazione del divieto di cui all'articolo 2744 c.c.

Per altro verso la Corte territoriale ha ritenuto, al pari del Tribunale, sussistente e concretamente apprezzabile la situazione di difficoltà economica sulla base delle risultanze della consulenza

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

finanziaria espletata in primo grado, che ha evidenziato una situazione di forte criticità della (OMISSIS) S.r.l., agevolmente apprezzabile da operatori bancari e finanziari esperti. La Corte d'Appello ha altresì posto in rilievo l'evidente sproporzione nell'operazione finanziaria posta in essere, in considerazione sia dell'importo di finanziamento effettivamente erogato sia dell'importo della prima rata di finanziamento (pari a duecentottantamila Euro), in guisa tale che il finanziamento effettivamente erogato (pari a complessivi due milioni e ottocentomila Euro) era di circa il sedici per cento inferiore al valore di stima del compendio immobiliare (pari a tre milioni di Euro).

A tale stregua, va pertanto 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.

Indici rivelatori l'accertamento della cui ricorrenza nel caso concreto rientra nei poteri del giudice di merito e che nella specie sono stati dalla Corte di merito ravvisati consistere (a pag. 13 della sentenza): a) nella sostanziale inesistenza di una effettiva differente soggettività giuridica delle Banche rispetto alle società di leasing trattandosi di società (la (OMISSIS)) interamente partecipata da un'altra (la (OMISSIS)); b) (nel) la sussistenza di una crisi finanziaria del (OMISSIS), non contrastata dalla relazione finanziaria di (OMISSIS) che accompagnava la richiesta di finanziamento, che ben avrebbe potuto essere pienamente apprezzata nella sua reale consistenza da operatori qualificati quali gli istituti di credito, anche per la presenza nella parte finale di espressioni di indubbia gravità ("situazione di tensione finanziaria", "obiettiva complessità") rivelatori di uno stato di salute finanziaria decisamente non buono; c) (che) l'apparente congruità del valore di stima del compendio immobiliare ceduto e l'importo del finanziamento erogato era annullata dalla maxi rata iniziale il cui importo era solo nominalmente entrato nella disponibilità del (OMISSIS) per essere immediatamente restituito; d) nel ritardo con cui si era addivenuti alla stipula.

Omissis.

1.6. Vendita fiduciaria e patto commissorio: Cass. civ., sez. II, 11 luglio 2019, n. 18680.

Omissis.

Secondo la formula in passato correntemente richiamata il criterio discrezionale tra **vendita fiduciaria a scopo di garanzia e vendita dissimulante un mutuo con patto commissorio** deve individuarsi nel fatto che nella prima la proprietà si trasferisce immediatamente ed effettivamente al venditore, i quale può assumere l'impegno, **derivante da accordo interno con efficacia obbligatoria di ritrasferire il bene al venditore se questi estinguerà il debito garantito nel termine previsto**, mentre nella seconda le parti, pur dichiarando formalmente di volere comprare e vendere, concordano in concreto che il creditore-compratore diventerà proprietario soltanto se il debitore non estinguerà il debito nel termine stabilito, così ponendo in essere una vendita sotto condizione sospensiva (Cass. n. 3843/1983).

Tale tesi è stata poi superata dalla evoluzione giurisprudenziale successiva, che riconosce la illiceità del **patto commissorio a prescindere dal momento del trasferimento**. L'orientamento oramai consolidato reputa infatti radicalmente nullo il patto commissorio anche nelle alienazioni fiduciarie in cui si conviene che il bene rimane definitivamente nella disponibilità del creditore a seguito di inadempimento della obbligazione garantita.

Ogni qual volta la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, stipulata fra il debitore ed il creditore, risponda all'intento delle parti **di costituire una garanzia, con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempimento del debitore, il contratto è nullo** anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto commissorio, previsto e vietato dall'art. 2744 c.c., configura un

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*mezzo per eludere tale norma imperativa, e, quindi, esprime una causa illecita, che rende applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 c.c., che rende applicabile la sanzione dell'art. 1344 c.c. (Cass. n. 4514/2018; n. 8957/29014; n. 16953/2008; n. 9900/2001; n. 1567/1996; n. 2126/1991). Insomma, pure se sia **previsto il trasferimento effettivo del bene**, ciò non toglie che la vendita, se stipulata per una causa di garanzia, è ugualmente nulla, perchè con riferimento al divieto del patto commissorio qualunque negozio, anche se astrattamente lecito è colpito da nullità, perchè in frode alla legge, quando le parti abbiano voluto conseguire i risultati proibiti dall'art. 2744 c.c. (Cass. n. 7890/1994).*

Omissis.

C. Dottrina

1. A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva in Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, 10.

Sommario: 1. Premesse. - 2. La elaborazione teorica e l'applicazione pratica del divieto del patto commissorio in Italia. - 3. Dal patto commissorio vietato al patto marciano e alle altre fattispecie di autotutela esecutiva. - 4. Il patto commissorio nell'attuale realtà: dal rigido divieto normativo al suo temperamento in via interpretativa. - 5. Il patto marciano e il suo ruolo nel sistema delle autotutele esecutive. - 6. La datio in solutum e l'esigenza di un ridimensionamento della sua validità. - 7. Il patto commissorio e il patto marciano a livello europeo.

1. - La Lex commissoria - con la quale il debitore conveniva con il creditore che in caso di inadempimento un suo bene sarebbe passato in proprietà di quest'ultimo - risale al periodo romano classico dove tale stipulazione era considerata lecita nell'ambito del sistema di realizzazione del credito, all'interno del quale si poneva quale valida alternativa all'istituto dello ius vendendi del creditore. Con una costituzione dell'imperatore Costantino - emanata intorno al 324 d.c. - la stipulazione della convenzione venne vietata, e il diritto giustiniano mantenne il divieto(1).

Nel frattempo, il giurista **Elio Marciano, vissuto intorno al II-III secolo d.c.**, aveva elaborato un correttivo della lex commissoria che prevedeva il diritto del debitore a ricevere dal creditore l'eventuale eccedenza tra l'entità del credito e il maggior valore del bene trasferito in garanzia(2).

La proibizione della convenzione commissoria rimase operante dopo la fine dell'impero romano, durante l'età intermedia, mantenuta viva anche dall'influenza della dottrina cristiana e del diritto canonico(3).

Arrivando alle grandi codificazioni ottocentesche, il divieto viene accolto dal Codice Napoleone del 1804 (v. l'art. 2078 per il pegno e l'art. 2088 per l'anticresi; v. pure l'art. 742 c.p.c. per l'ipoteca).

Esso viene quindi recepito dal codice civile italiano del 1865 relativamente al pegno e alla anticresi (artt. 1884, comma 2 e 1894) ma non all'ipoteca (suscitando così un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza)(4).

1.1. - Il millenario divieto del patto commissorio viene accolto dal nostro codice del 1942 anche riguardo all'ipoteca (art. 2744) oltre che al pegno (v. lo stesso art. 2744) e all'anticresi (art. 1963)(5). Nella configurazione legislativa il patto assume la struttura di una alienazione del bene, oggetto di garanzia, da parte del debitore a favore del creditore, sospensivamente condizionata al mancato pagamento del debito; la proibizione colpisce espressamente anche il patto ex intervallo, stipulato cioè in un momento successivo alla costituzione del pegno, dell'ipoteca o del diritto anticretico.

Il legislatore nulla dispone circa la validità o meno **del p.c. autonomo, del p.c. obbligatorio e del patto marciano**, lasciando persistere, soprattutto nei primi anni di applicazione del nuovo codice, i dubbi che già si agitavano sotto il codice previgente.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Egualemente discussa, in dottrina e in giurisprudenza, rimaneva la sorte della convenzione che preveda **una alienazione immediata della** proprietà del bene risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore.

Di qui le incertezze dottrinali e giurisprudenziali sulla liceità della vendita a scopo di garanzia con patto di riscatto o risolutivamente condizionata all'adempimento dell'obbligazione garantita(6). Tali figure in un primo tempo vennero ritenute valide dalla giurisprudenza, **la quale però dai primi anni '80 ha cominciato a considerare invalide, conformemente all'opinione della dottrina maggioritaria(7).**

Inceteeze alle quali si sommavano i persistenti dubbi della dottrina sulla ammissibilità, più in generale, delle alienazioni a scopo di garanzia(8).

Progressivamente viene a consolidarsi in Italia una communis opinio che attribuisce al divieto una portata più ampia di quella che è dato desumere dal tenore letterale degli artt. 1963 e 2744 c.c. In particolare, dottrina e giurisprudenza prevalenti si attestano su posizioni rigoriste affermando la nullità **del p.c. autonomo, del p.c. obbligatorio e del p.c. immediatamente traslativo risolutivamente condizionato all'adempimento del debitore(9).** Per converso viene considerato valido, dalla maggior parte degli interpreti, il patto marciano(10).

L'area concettuale entro la quale viene tradizionalmente collocato il patto commissorio è quella delle **alienazioni con funzione di garanzia(11).** In tempi più recenti, sul finire del secolo scorso, tale inquadramento teorico - come si preciserà più avanti - verrà messo in discussione da una parte della dottrina che - come già aveva fatto una parte della dottrina tedesca - ricondurrà invece la convenzione alla categoria delle alienazioni con funzione solutoria o satisfattiva(12).

1.2. - Sul terreno degli altri ordinamenti europei(13), si riscontra una iniziale tendenziale omogeneità di soluzioni da parte delle legislazioni dei singoli Stati, nella maggior parte delle quali viene recepito l'antico divieto.

Con il tempo, la rigidità del divieto si stempera in vario modo nei diversi Paesi. Ad esempio, in Francia con la riforma delle garanzie attuata nel 2006 esso viene fortemente temperato mediante un esteso riconoscimento del patto marciano; in Germania, le previsioni normative del divieto contenute nel BGB vengono parzialmente disattese mediante applicazioni riduttive da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nel diritto inglese invece il divieto è sostanzialmente ignorato.

2. - L'elaborazione teorica e l'applicazione pratica, sotto il vigore della disciplina del codice del '42, del divieto del patto commissorio può essere suddivisa per comodità espositiva in tre fasi temporali.

2.1. - Dall'entrata in vigore del codice del '42 fino al 1990 circa, dottrina e giurisprudenza hanno dedicato le loro energie soprattutto alla **individuazione della ratio del divieto**, senza raggiungere però una consonanza di opinioni.

Per rendersene conto è sufficiente richiamare le svariate tesi sul fondamento della disposizione di cui all'art. 2744 proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, fondamento che è stato, di volta in volta, identificato:

- **nella necessità di difendere il debitore contro il possibile sfruttamento e le pressioni del creditore e specialmente contro la coazione morale che su di lui esercita il bisogno di denaro(14);**
- **nell'esigenza di impedire l'indebito vantaggio che il creditore conseguirebbe, a danno del debitore, facendo propria una cosa che, se venduta con le garanzie di legge, procurerebbe probabilmente un ricavo superiore all'ammontare del credito(15);**
- **nella tutela della par condicio creditorum(16);**
- **nel principio, di ordine pubblico, che riserva allo Stato ogni potere inerente alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria(17);**
- nella esigenza di protezione del debitore e allo stesso tempo degli altri creditori(18);

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- nel bisogno, di carattere generale, di prevenire il danno che l'intera comunità risentirebbe se il patto in parola si diffondesse, atteso che esso finirebbe col divenire una clausola di stile e quindi uno strumento generalizzato di abuso ai danni dei debitori(19).

È agevole constatare che ognuna delle spiegazioni sopra richiamate, alle quali dottrina e giurisprudenza riconducono il fondamento del divieto, esprime una ratio del tutto generica, un motivo ispiratore ad ampio raggio che non individua la specifica ragione giustificativa del divieto che possa consentire all'interprete di delimitare l'ambito di applicazione delle relative norme proibitive.

Omissis.

3. - È comune in dottrina il rilievo che l'ordinamento italiano non possiede un sistema di garanzie adeguato alle esigenze del credito e all'altezza delle esigenze della contrattazione internazionale, soprattutto con riguardo alle garanzie reali mobiliari.

Meno frequente è invece la constatazione che in un ordinamento come il nostro, caratterizzato da procedure individuali e collettive di espropriazione forzata farraginose e infinitamente lunghe, ciò che si fa sentire quotidianamente, con conseguenze pratiche gravissime che si irradiano nel tessuto dell'intero sistema economico, è la mancanza di un adeguato sistema di strumenti legali e convenzionali di autotutela esecutiva. Mancanza che appare ancor meno giustificabile, atteso che nel nostro Paese - a differenza che in altri (v., ad esempio, in Germania il § 1147 [in base al quale il soddisfacimento del creditore sul fondo e sugli altri oggetti cui l'ipoteca si estende ha luogo in via di esecuzione forzata] e in Francia l'art. 742 c.p.c. [il quale stabilisce che qualunque convenzione che preveda che in difetto di pagamento del debito, il creditore avrà facoltà di far vendere gli immobili del suo debitore senza seguire le formalità prescritte per l'esecuzione immobiliare, è nulla e si ha per non scritta]) - **non esiste un principio di inderogabilità dell'esecuzione forzata giudiziale(35).**

Le considerazioni appena svolte mostrano che, nella attuale realtà processuale - di fronte, ai modesti risultati ottenuti, quanto alla riduzione dei tempi del processo esecutivo, mediante le numerose riforme approvate negli ultimi tempi **- , un efficace antidoto rispetto alla lentezza delle procedure di espropriazione forzata potrebbe essere rappresentato dall'impiego diffuso di strumenti di autotutela esecutiva, sia nella forma dell'"autodifesa soddisfattoria consensuale" sia in quella della "esecuzione forzata in autotutela"(36).**

Il nostro ordinamento peraltro non ignora del tutto strumenti di autodifesa soddisfattiva: già il codice civile ne prevede un certo numero e negli ultimi tempi il legislatore è intervenuto introducendone altri.

Appare perciò opportuno dare un rapido sguardo alle più importanti previsioni normative di autotutela esecutiva, cominciando da quelle contenute nel codice civile.

Omissis.

2. M. Ambrosoli, *il Sale and lease back: un contratto tormentato*, in *Corriere Giur.*, 2021, 12, 1524.

Nota a Cass. civ. Sez. III Ord., 22 febbraio 2021, n. 4664 Il leasing e il sottotipo del sale and lease back - Il patto commissorio e la sua applicabilità al contratto di sale and lease back - Il patto commissorio e il patto marciano

La vicenda e la decisione della Suprema Corte

Una società, in difficoltà economica e proprietaria di due immobili (strumentali allo svolgimento dell'attività), decide, con altrettanti contratti, di alienarli e, contemporaneamente, prenderli in locazione finanziaria, in modo da conseguire il duplice risultato di recuperare liquidità e mantenerne il godimento (sia pure a titolo di locazione e non più in forza della proprietà, salva la possibilità di riacquistarli a mezzo dell'opzione esercitabile alla scadenza del periodo quindicennale di locazione). La società, però, fallisce e il curatore agisce in giudizio, ritenendo che i contratti siano nulli per violazione del divieto del patto commissorio; sostiene, in particolare:

a) che la società di *leasing* fosse al corrente della cattiva condizione economica della controparte;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

b) che l'operazione fosse servita a estinguere debiti pregressi nei confronti di una banca appartenente al medesimo gruppo societario della società di *leasing*;

b) che, al netto del maxicanone pagato contestualmente all'operazione e della destinazione prevalente del corrispettivo a soddisfacimento immediato degli anzidetti debiti pregressi, la quota del prezzo di vendita entrata nella disponibilità della società fosse notevolmente sproporzionata rispetto al valore degli immobili trasferiti.

In concreto, a fronte di un corrispettivo di euro 5.000.000,00, la società aveva incassato Euro 2.600.000,00, in quanto il residuo era stato destinato, per euro 1.600.000,00, ad estinguere mutui ipotecari garantiti con i medesimi immobili, per euro 355.000,00, ad estinguere debiti chirografari verso la banca, per euro 256.000,00, al pagamento del maxicanone iniziale e, infine, per euro 100.000,00, al pagamento di imposte ipotecarie e catastali.

La curatela ha evidenziato ulteriormente l'onerosità di un'operazione, in forza della quale essa aveva assunto (a fronte dei dati già ricordati) l'obbligazione di pagare canoni per euro 6.570.000,00 in quindici anni di rapporto, oltre (in caso di esercizio dell'opzione di acquisto) un importo di euro 765.000,00.

La domanda di nullità è stata respinta in primo grado; la decisione è stata confermata in appello.

Ha proposto ricorso per cassazione la curatela del fallimento, contestando ai giudici di merito (tra l'altro) di aver confinato il sindacato sulla validità del contratto alla verifica della ricorrenza dei tre classici indici della preesistenza di una situazione debitoria, della difficoltà economica (nota) dell'utilizzatore e della sproporzione tra valore dei beni e corrispettivo della vendita, senza considerare come, attraverso l'operazione realizzata, si fosse raggiunto l'obiettivo di una soddisfazione preferenziale della banca, rispetto ad altri creditori dell'impresa.

La Suprema Corte, con la decisione qui in commento, rigetta il ricorso.

Nel percorso argomentativo, essa muove dall'inquadramento del contratto di *sale and lease back*, figura assimilabile, ovviamente, al *leasing*, ma dal quale si distingue in quanto risponde "all'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"; così identificata la funzione (causa) del contratto, la valutazione di sua meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* è indicata come un dato ormai acquisito in giurisprudenza.

Sulla base di questo giudizio di normale validità del contratto in questione, la Suprema Corte si è allora posta il problema di stabilire cosa occorra per comprovare che, all'opposto, il concreto contratto stipulato possa essere valutato negativamente, per il fatto di realizzare un'operazione in frode al divieto del patto commissorio. La Suprema Corte ricorda come **tale verifica si attui a mezzo di un "test" sulla ricorrenza di elementi sintomatici della frode alla legge, ravvisati in tre elementi: "1) la presenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria (concedente) e l'impresa venditrice utilizzatrice, preesistente o contestuale alla vendita; 2) le difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; 3) la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, che confermi la validità di tale sospetto"**.

Per la Suprema Corte, questi elementi non sono dei semplici possibili indicatori di illiceità, ma sono componenti necessarie della fattispecie tipizzata dell'illiceità del *sale and lease back* per contrasto con il divieto del patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*: **"è soltanto il 'concorso' di tali elementi sintomatici che vale a fondare ragionevolmente la presunzione che il *lease back*, contratto d'impresa di per sé lecito, sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio e sia pertanto nullo perché in frode alla legge"**⁽¹⁾.

La strutturazione di tale fattispecie di illiceità si rivela necessaria per contenere i casi di invalidità, cioè per non comprimere eccessivamente l'autonomia privata, che legittimamente si esplica anche al

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fine di disegnare nuove forme di garanzia, volte a salvaguardare in maniera efficiente le ragioni dei creditori.

Ciò chiarito sul piano della corretta individuazione del test di validità, la Suprema Corte, infine, si astiene dallo scendere nel merito della censura relativa alla congruità del corrispettivo, alla luce della sua parziale destinazione a estinzione di debiti pregressi, valutando correttamente come si tratti di contestazione in fatto, come tale inammissibile in sede di legittimità.

Dunque, sembra di capire, il fatto che parte del corrispettivo sia stata destinata a estinguere debiti pregressi, così procurando un vantaggio della banca rispetto ad altri creditori del *lessee*, non costituisce fatto di per sé rilevante: la sproporzione tra prezzo e valore dei beni, invece, è uno degli indicatori chiave dell'abuso della società di *leasing*; esso, però, nel caso di specie, non è risultato accertato in fatto.

Il leasing e il sottotipo del sale and lease back

Con il contratto di *leasing*⁽²⁾, 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.

Da tale operazione (c.d. *leasing* finanziario), si distingue 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: figura riconducibile ad un'ordinaria locazione cui si aggiunge l'opzione finale.

Il *leasing* finanziario vede, 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). All'interno del *leasing* finanziario, la giurisprudenza ha distinto i due sottotipi del *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 molto basso, se il bene ha una rapida obsolescenza⁽³⁾, o elevato, se il bene è destinato a conservare il proprio valore nel tempo)⁽⁴⁾ 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 sia significativamente inferiore al valore del bene a quel momento)⁽⁵⁾. Questa distinzione è stata rilevante al fine di determinare la disciplina applicabile alla risoluzione del contratto per inadempimento: al *leasing* di godimento si riteneva applicabile la disciplina ordinaria sulla risoluzione, con la neutralizzazione dell'effetto retroattivo stabilita, per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, dall'art. 1458 c.c.; al *leasing* traslativo, invece, si riteneva per lo più applicabile la disciplina dettata con riguardo alla **vendita a rate con riserva della proprietà, con la retroattività degli effetti della risoluzione, salvo un indennizzo dovuto al venditore, per il fatto che l'acquirente abbia potuto godere del bene durante la vigenza del rapporto⁽⁶⁾.**

Oggi, in materia, è intervenuto il legislatore, il quale non ha fatto propria l'anzidetta distinzione (la cui validità non è però messa in discussione dalla giurisprudenza, che la continua a ritenere rilevante con riguardo alle controversie da decidere sulla base del quadro giuridico anteriore alla riforma)⁽⁷⁾; la L. 4 agosto 2017 n. 124, all'art. 1, commi 136 ss., disciplina, tra l'altro, l'inadempimento e la risoluzione⁽⁸⁾:

- a) definisce la gravità dell'inadempimento;
- b) prevede che il concedente debba vendere il bene o ricollocarlo sul mercato;
- c) impone che il ricavato di questa operazione sia destinato a coprire il risarcimento del danno da inadempimento e che l'eventuale eccedenza sia restituita all'ex utilizzatore.

Sulla patologia del rapporto, con specifico riguardo al caso del fallimento dell'utilizzatore, era peraltro già intervenuto l'art. 72-*quater* l.fall.

Tralasciando il tema dell'inadempimento e tornando alla considerazione del tipo sociale del *leasing*, possiamo notare che, se la società di *leasing* trova, in questo contratto, un modo di impiegare

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fruttuosamente il denaro, **l'utilizzatore lo apprezza come alternativa rispetto alla compravendita (dato che riesce a conseguire il godimento del bene a fronte di pagamenti periodici meno onerosi, sul piano finanziario, di un pagamento integrale e iniziale del prezzo di vendita e si protegge dal rischio di obsolescenza, potendo, al termine, riconsegnare il bene e concludere un nuovo contratto avente ad oggetto beni di nuova realizzazione).**

Rispetto al *leasing*, il *sale and lease back*⁽⁹⁾ si caratterizza per il fatto di sostituire la trilateralità tipica del primo (derivante dall'alterità soggettiva tra produttore del bene e suo utilizzatore) **con la bilateralità, in quanto il bene è già di proprietà del futuro utilizzatore**⁽¹⁰⁾. Questa differenza incide evidentemente sulla funzione del contratto, che non è più quella di consentire il godimento di un bene del quale l'utilizzatore abbisogna, **ma è quella di permettergli di continuare a goderne, pur riuscendo al contempo a monetizzarne il valore, attraverso la vendita alla società di *leasing*, che quindi ne paga il prezzo.**

L'operazione, in tal modo, si risolve in una tecnica particolare di finanziamento dell'utilizzatore: nello stesso modo in cui questi potrebbe ottenere un mutuo garantito da una garanzia reale su un proprio bene, egli 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; è 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.

Se la proprietà dell'impresa di *leasing* può essere vista, in senso economico, come una garanzia del pagamento dei canoni, considerati come una forma di rimborso del denaro ottenuto in sede di vendita, si pone un problema di rapporto tra l'operazione realizzata e l'utilizzo di un patto commissorio accessorio ad un'operazione creditizia: se, infatti, l'utilizzatore non dovesse pagare regolarmente i canoni, il concedente potrebbe far valere tale inadempimento per risolvere il contratto di *leasing*, **così restando definitivamente proprietario del bene, dato che la risoluzione travolgerebbe anche l'opzione finale di acquisto.**

Al contempo è chiaro come tale operazione economica sia di particolare utilità per le imprese, che riescono a ottenere liquidità, facendo leva su propri *assets*, senza doversene privare (in termini di godimento economico). Questa utilità è alla base della legittimazione del contratto considerato, dal punto di vista della sua meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.; trattandosi di un contratto atipico, l'analisi funzionale dell'operazione e, quindi, la valorizzazione della sua utilità finanziaria, conducono ad un giudizio positivo generalizzato⁽¹¹⁾.

In tal modo, si giunge alla conclusione di una valutazione di validità del tipo sociale considerato, senza però che ciò escluda **l'opportunità di un'indagine fattuale, per stabilire se, nel singolo caso, tale validità non debba trasformarsi nel suo opposto, non già in dipendenza di una diversa conclusione in punto di meritevolezza del tipo, ma di concreta devianza del singolo contratto dal tipo sociale e di suo impiego in funzione di realizzazione di un patto commissorio.** Il problema, quindi, diventa quello della potenziale nullità del singolo contratto per frode alla legge, ossia per contrasto (indiretto) con il divieto del patto commissorio.

Prima di esaminare i criteri utilizzabili per distinguere tra un regolare contratto di *sale and lease back* e una violazione indiretta del patto commissorio, merita completare l'analisi della struttura contrattuale, rilevando come essa si caratterizzi per l'impiego di due diversi contratti, una compravendita e un contratto di *leasing* in senso proprio, che manifestano un evidente collegamento funzionale. Da questa prospettiva, la bilateralità che caratterizza il *sale and lease back* si pone in termini nettamente oppositivi rispetto alla trilateralità del *leasing*: in quest'ultimo, infatti, la circostanza per cui l'acquisto del bene e il contratto di *leasing* intercorrano tra soggetti diversi, rende arduo ricostruire un'unità giuridica del

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fenomeno, che è palesemente smentita dall'indifferenza del fornitore per il fatto che l'acquirente sia una società di leasing e che, quindi, acquisti per trasferire il godimento (la proprietà utile, verrebbe da dire) a favore dell'utilizzatore. Tale difficoltà genera quella ulteriore della tutela adeguata dell'utilizzatore nel caso in cui il bene presenti vizi e difetti: egli è terzo rispetto al contratto di compravendita, mentre ne è parte la società di leasing, che, però, non ha interesse particolare alla qualità del bene, che le serve unicamente come mezzo per conseguire il pagamento dei canoni⁽¹²⁾.

Se, quindi, è complicato utilizzare la **teoria del negozio complesso per riunire** i singoli frammenti giuridici dell'operazione di *leasing*, questa difficoltà non sorge nel *sale and lease back*, in cui i due segmenti della vendita e del *leasing* intercorrono tra i medesimi soggetti. Peraltro, la provenienza del bene dallo stesso utilizzatore vale di per sé a eliminare in radice la stessa configurabilità di problemi attinenti alle qualità del bene (la cui irrilevanza sarà, ad ogni buon conto, confermata da apposite clausole inserite nel contratto di *leasing*).

Il patto commissorio e la sua applicabilità al contratto di *sale and lease back*

L'analisi dei rapporti tra *sale and lease back* e divieto del patto commissorio postula, a monte, una corretta individuazione dei confini e della ragione di tale divieto⁽¹³⁾. E, al riguardo, non vi è certezza:

a) il tenore letterale dell'art. 2744 c.c. è riferito al solo caso in cui siano costituiti, a favore del creditore, un pegno o un'ipoteca, con la pattuizione che il bene gravato dalla garanzia reale passi in proprietà al creditore, in dipendenza della mancanza del pagamento del debito;

b) la giurisprudenza ha interpretato estensivamente la norma, applicandola anche alle alienazioni in funzione di garanzia, dapprima limitatamente ai casi di condizionamento sospensivo della vendita (al mancato adempimento) e, poi, anche ai casi di alienazione ad effetti immediati, ma risolutivamente condizionata all'adempimento del debito⁽¹⁴⁾;

c) la *ratio* del divieto è stata vista, volta a volta, nell'esigenza di tutelare il debitore contro il rischio di approfittamenti del creditore, in quella di preservare la *par condicio creditorum*, o, ancora, nell'idea per cui, con questo mezzo, si sottrarrebbe l'attuazione coattiva dei diritti al campo di governo e controllo dell'autorità giudiziaria.

Dunque, un primo momento di difficoltà nella ricostruzione dei rapporti tra il divieto del patto commissorio e il contratto qui considerato risiede nell'incertezza relativa alla ricostruzione del divieto e della sua funzione.

Se il *sale and lease back* mostra, di per sé, una certa vicinanza funzionale al patto commissorio, occorre anche considerare come esso, spesso, non sia il punto di partenza del problema, ma si innesti su un pregresso rapporto debitorio. Accade, così, che un'impresa debitrice verso una banca, in ragione di contratti di credito di varia tipologia, decida di attuare una ristrutturazione del proprio debito attraverso un'operazione di *sale and lease back*, che le consenta di ottenere la liquidità necessaria all'estinzione dei debiti pregressi; in tal modo, però, essa va ad assumere un nuovo debito per i canoni del contratto di *leasing*, che matureranno durante il periodo di vigenza di tale rapporto.

Se la banca creditrice e la società di *leasing* coincidono soggettivamente, sia pure nella forma solamente economica della loro appartenenza ad un unico gruppo societario (bancario), allora è piuttosto chiaro che l'anzidetta operazione di ristrutturazione del debito potrebbe derivare dal suggerimento della stessa banca: e tale suggerimento potrebbe assumere la forma di un approfittamento, nel caso in cui il corrispettivo della vendita fosse inferiore al valore di mercato dei beni, ma adeguato a coprire i debiti pregressi e a generare un nuovo rapporto che, in caso di inadempimento, possa procurare la definitività dell'acquisto dei beni a favore della banca (con la preclusione dell'esercitabilità dell'opzione di acquisto).

Nel tentativo di distinguere tra un *sale and lease back* correttamente utilizzato per soddisfare un ragionevole bisogno finanziario dell'impresa e un *sale and lease back* invece finalizzato ad attuare

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

(sotto mentite spoglie) un patto commissorio, la giurisprudenza ha identificato alcuni indici caratterizzanti la seconda variante; essi consistono:

- a) **nella preesistente situazione di debito-credito tra le parti;**
- b) **nella grave situazione di difficoltà economica della società;**
- c) **nella sproporzione tra il valore dei beni e il corrispettivo versato dall'acquirente⁽¹⁵⁾.**

La Suprema Corte, nel caso qui commentato, sostiene l'opportunità di "non circoscrivere eccessivamente l'impiego del *sale and lease back*, nonché, più in generale, di non ostacolare l'emersione **di nuove forme di garanzia sussidiaria**, volte a salvaguardare con maggiore efficienza le ragioni del creditore, nonché a **consentire un più rapido e sicuro soddisfacimento dei suoi interessi**, indipendentemente dalla collaborazione del debitore"; per tale ragione, essa considera necessario, per giudicare illecito un **singolo contratto, il concorso simultaneo dei tre elementi indicati, che, quindi, vengono riuniti a formare una fattispecie rigida di illiceità del *sale and lease back*.**

La stessa Suprema Corte, però, precisa che la ragione dell'illiceità **sia da ravvisare in un abuso posto in essere da una parte in danno dell'altra; tale abuso si manifesta nel coordinamento tra i tre elementi messi in luce:** così, la preesistenza di un debito verso la banca, associata alla debolezza che colpisce l'impresa, può costituire la leva che induce ad assentire **ad un'operazione di ristrutturazione del debito che implica un significativo pregiudizio per l'impresa**, rappresentato dalla sproporzione tra prezzo e valore dei beni.

Questa ricostruzione si trova ben affermata in giurisprudenza: "la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia costituisce significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare. Infatti, il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore del patto commissorio, ha fondatamente presunto, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretende una garanzia eccedente l'entità del credito"⁽¹⁶⁾.

In tal modo, l'invalidità del *sale and lease back* è riportata al dato della sproporzione tra le prestazioni **collegato a uno stato di bisogno e all'approfittamento da parte della società di *leasing***. La soluzione discende dalla valorizzazione dell'idea che la ratio del divieto del patto commissorio risieda nell'esigenza di prevenire forme di approfittamento del creditore, dirette a causare un pregiudizio economico al debitore, con ciò svalutandosi, invece, le ulteriori possibili spiegazioni del divieto che la dottrina ha individuato (e che si sono sopra riportate in estrema sintesi).

Benché la giurisprudenza giustifichi il divieto del patto commissorio, oltre che con l'anzidetta finalità, riferendo della necessità di **assicurare la *par condicio creditorum*⁽¹⁷⁾, in concreto la sentenza in commento rende chiaro come questo secondo obiettivo assuma una rilevanza ben inferiore, dato che non entra nella "fattispecie giurisprudenziale" del *sale and lease back* illecito.**

La giurisprudenza sanziona, dunque, l'ingiustizia di un arricchimento ottenuto speculando sul bisogno altrui, avvalendosi di uno schema contrattuale che contribuisce a celare la sproporzione tra le prestazioni delle parti.

Se questo è il senso della costruzione, si può allora ritenere corretto il ragionamento della Suprema Corte, diretto a svalutare il significato dell'acquisizione, da parte della banca, di un vantaggio competitivo rispetto ad altri creditori. Fermo che, nel caso di specie, tale vantaggio era del tutto parziale (posto che i debiti bancari erano protetti da ipoteche sugli stessi immobili), il senso dell'illiceità del *sale and lease back* anomalo è da trovare nello squilibrio abusivo tra le prestazioni. Squilibrio che, nel caso analizzato, non sembra che sia stato adeguatamente comprovato (in quanto la destinazione del prezzo a estinzione di debiti pregressi costituisce un chiaro vantaggio per il *lessee*, del quale quindi non si può che tenere conto).

Il patto commissorio e il patto marciano

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Il contrasto tra *sale and lease back* e divieto del patto commissorio si produce, come abbiamo visto, nel momento in cui sia constatabile un pregiudizio per il venditore/utilizzatore.

Tale pregiudizio richiede il concorso di due momenti: il primo è costituito dalla vendita, che può avvenire per un prezzo inferiore rispetto al valore dei beni; il secondo riguarda, invece, il destino finale dei beni, al termine del *leasing*: se il *lessee* esercita l'opzione e li riacquista, si ritorna alla condizione originaria, senza che siano ravvisabili problemi (sempre che le condizioni finanziarie dell'operazione non rivelino un fenomeno usurario); se, invece, il *lessee* si rende inadempiente e il contratto si risolve, allora l'acquisto dei beni a favore della società di *leasing* **viene ad assumere carattere di definitività; è in questo momento che si misura il successo dell'operazione diretta a conseguire il lucro associato all'originaria sproporzione tra le prestazioni.**

Da tale constatazione, si ricava che l'illiceità del contratto sia, invece, da negare nel caso in cui il singolo contratto sia strutturato in maniera da impedire la produzione di tale pregiudizio: il che è quanto accade laddove l'inadempimento e la risoluzione del contratto di *leasing* si associno all'applicazione di **un patto marciano, in forza del quale il differenziale tra valore del bene e credito della società di *leasing* sia riconosciuto a vantaggio dell'utilizzatore**⁽¹⁸⁾. In tal modo, l'eventuale squilibrio originario tra le prestazioni viene superato dalla ritrazione a favore del *lessee* del valore di mercato del bene.

Al riguardo, però, è da segnalare la necessità che il patto marciano sia costruito in termini cogenti per la società di *leasing*, tali da non far dipendere il credito dell'utilizzatore al differenziale di valore, da vicende e accertamenti caratterizzati da discrezionalità (operativa e valutativa) dietro i quali possa nuovamente celarsi l'intenzione della società di *leasing* di perpetrare abusi in danno dell'utilizzatore. Per la Suprema Corte, il contratto deve stabilire "un **procedimento volto alla stima del bene**, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la **presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta**, la quale a detti parametri farà riferimento (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore"⁽¹⁹⁾.

Il contratto *inter partes*, da quanto si comprende, conteneva una clausola che imponeva la retrocessione al conduttore dell'eccedenza tra prezzo di rivendita a terzi e debito effettivo verso la società di *leasing*, senza però contemplare un termine per l'effettuazione delle valutazioni e stabilendo tale reversione in termini di facoltà, anziché di obbligo. Una clausola spesso utilizzata dalle società di *leasing* che, in quanto capace di frustrare l'obiettivo di attribuzione del valore al *lessee*, contribuisce alla cattiva reputazione del contratto di *sale and lease back* e che, forse, se opportunamente valorizzata, avrebbe potuto incidere sulla conclusione del caso qui analizzato.

3. V. Timpano, *Il sale and lease back oltre i confini del divieto del patto commissorio, in I Contratti*, n. 1, 2024, 9.

Il caso

Con la pronuncia in commento la Corte di cassazione interviene ancora una volta sul tema della nullità per illiceità della causa del *sale and lease back* (detto anche *leasing* di ritorno), laddove risulti impiegato per realizzare di fatto un finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia in violazione del divieto del patto commissorio.

La vicenda processuale trae origine dall'opposizione allo stato passivo promossa dalla banca che, agendo in nome e per conto della società di *leasing* appartenente al medesimo gruppo, aveva reclamato, a seguito del fallimento della società utilizzatrice, la restituzione di un immobile acquistato quando la società venditrice era ancora *in bonis* e alla stessa concesso in locazione finanziaria, allegando il mancato pagamento di diverse mensilità di canone.

Ravvisata nell'operazione negoziale, formalmente strutturata secondo lo schema del *sale and lease back*, la funzione pratica di una alienazione a scopo di garanzia in ragione della riscontrata sussistenza

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dell'esposizione debitoria verso la banca della società venditrice-utilizzatrice, della sua correlata situazione di debolezza e della sproporzione valoriale tra il bene trasferito e il prezzo pagato dall'acquirente, il Tribunale rigettava l'opposizione, ritenendo nullo il contratto perché elusivo del divieto del patto commissorio.

Avverso tale pronuncia proponeva ricorso per cassazione la banca, lamentando che la società di *leasing* e l'istituto di credito (verso il quale soltanto era maturata la situazione debitoria della venditrice-utilizzatrice), pur appartenendo al medesimo gruppo, sarebbero da considerare entità giuridicamente autonome, distinte ed indipendenti l'una dall'altra e, pertanto, non sussisterebbe alcun indebitamento nei confronti della società di *leasing*. Tale mancanza, inoltre, avrebbe dovuto escludere a priori la possibilità per la società di *leasing* di approfittare di una situazione di debolezza della venditrice-utilizzatrice, restando pertanto pienamente legittima l'operazione di *sale and lease back*. La Corte di cassazione, ribadendo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, ha preliminarmente riaffermato, per un verso, la validità in astratto del *sale and lease back* in quanto contratto d'impresa socialmente tipico e, per altro verso, la necessità di verificare caso per caso l'assenza degli elementi di fatto - difficoltà economiche della società venditrice-utilizzatrice, esposizione debitoria di quest'ultima nei confronti della società finanziaria, sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente - comunemente assunti come indici sintomatici di una distorsione dello schema causale del *sale and lease back* e quindi rivelatori di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, con elusione fraudolenta del divieto del patto commissorio.

Nel caso di specie, la Corte ha confermato la declaratoria di nullità del contratto perché in frode all'art. 2744 c.c., dando atto della ricorrenza di una significativa sproporzione valoriale tra il bene acquistato dalla società di *leasing* ed il corrispettivo versato, peraltro impiegato per più della metà per la stipulazione di una polizza costituita in pegno a garanzia del pagamento dei canoni di *leasing*. Da tale sproporzione valoriale è derivato il vantaggio patrimoniale conseguito dalla società di *leasing*, più che doppio rispetto al finanziamento erogato, così da far emergere la esclusiva funzione di garanzia del trasferimento immobiliare in frode al divieto del patto commissorio.

Quanto poi all'accertamento della situazione debitoria della venditrice-utilizzatrice e della sua correlata situazione di debolezza (ulteriori indici sintomatici del carattere fittizio dell'operazione di *sale and lease back*), la Corte ha ritenuto irrilevante la distinta soggettività giuridica della società di *leasing* e della banca, valorizzando la loro appartenenza ad un medesimo gruppo e la conseguente soggezione ad un controllo unitario, giungendo per questa via ad ammettere, in una prospettiva sostanziale e non formale, l'identificazione soggettiva tra colui che vanta un credito restitutorio per il finanziamento erogato e colui a favore del quale si sia verificato un acquisto immobiliare a scopo di garanzia in violazione del divieto del patto commissorio.

La Corte non ha però mancato di rilevare che una simile identificazione soggettiva non è comunque necessaria ai fini della configurabilità del patto commissorio, essendo sufficiente, nel caso di più negozi tra loro collegati, che dal complessivo assetto di interessi emerga che il trasferimento del bene risponda effettivamente ad una funzione di garanzia e non di scambio.

La pronuncia offre lo spunto per esaminare la figura negoziale del *sale and lease back* e le possibili interferenze con il divieto del patto commissorio, ripercorrendo gli orientamenti della giurisprudenza e verificando, infine, se sia ancora possibile discutere di illiceità della causa alla luce della recente disciplina normativa della risoluzione del *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore.

Il sale and lease back

Secondo lo schema comunemente adottato nella pratica degli affari e perciò socialmente tipico, il *sale and lease back* **costituisce un'operazione contrattuale complessa, attraverso la quale un'impresa vende dietro corrispettivo un bene strumentale** (mobile o, più spesso, immobile), impiegato nell'esercizio della propria attività, ad una società di *leasing* o altro intermediario finanziario che,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

diventone proprietario, lo concede in *leasing* (nel linguaggio nostrano, locazione finanziaria) al venditore, il quale a fronte del godimento del bene si obbliga al periodico versamento di un canone, riservandosi la facoltà, al termine del rapporto, di riacquistare la proprietà attraverso l'esercizio dell'opzione di riscatto ad un prezzo predeterminato[1].

L'operazione risponde all'esigenza di finanziamento dell'impresa venditrice: questa, infatti, mediante **l'alienazione di un bene strumentale, acquisisce immediata liquidità incrementando il capitale circolante, senza tuttavia perdere la materiale disponibilità del bene** venduto, realizzando anche indubbi vantaggi fiscali derivanti dalla deducibilità dei canoni di *leasing* dal reddito d'impresa.

In sostanza, con il *sale and lease back* **l'impresa converte un bene strumentale in liquidità e fa salva, al tempo stesso, la stabilità dei fattori produttivi conservando, attraverso il *leasing*, il godimento del bene venduto che continuerà ad essere impiegato nell'esercizio dell'attività aziendale.**

Nel suo schema strutturale il *sale and lease back* è caratterizzato dalla presenza di due negozi (la vendita ed il *leasing*) funzionalmente collegati, volti al perseguimento di uno specifico interesse pratico (il **finanziamento dell'impresa**) **che ne costituisce la relativa causa concreta**[2].

Tale causa assume autonoma rilevanza rispetto a quella dei singoli contratti che, pur mantenendo la individualità propria del tipo negoziale al quale appartengono, risultano avvinti da un **nesso di reciproca interdipendenza in quanto funzionalmente collegati dall'unitaria causa concreta che emerge dal complessivo assetto d'interessi voluto dalle parti**[3].

I soggetti dell'operazione sono, da un lato, l'imprenditore che assume la duplice veste di venditore ed utilizzatore e, dall'altro, la società finanziaria che acquista il bene pagandone il prezzo per poi concederlo in *leasing* al venditore.

Il tratto distintivo del *sale and lease back* è dato proprio **dalla struttura bilaterale del rapporto che, invece, non ricorre nel *leasing* ordinario, in cui i soggetti dell'operazione sono normalmente tre: fornitore, concedente e utilizzatore.**

Nel *leasing* ordinario, inoltre, la finalità perseguita è quella di conseguire la disponibilità di un bene senza doverne sopportare l'immediato pagamento del prezzo, godendo dell'apporto finanziario della società di *leasing*. La causa di finanziamento è certamente preminente, ma ad essa si affianca anche la funzione altrettanto essenziale di scambio o di godimento, che aveva dato luogo alla tradizionale bipartizione tra *leasing* traslativo e di godimento[4].

[4]**Bipartizione ormai superata in quanto priva di risvolti pratici, avendo il legislatore disciplinato unitariamente la fattispecie negoziale, senza alcuna differenziazione che dia rilevanza al prevalere della causa di scambio o di godimento.** L'unitaria valutazione del contratto era già emersa nell'art. 72- *quater* l.fall. (introdotto dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e poi trasfuso nell'art. 177 CCII di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che regolava le sorti del *leasing* in caso di fallimento dell'utilizzatore modellandone la disciplina, indipendentemente dalla funzione di scambio o di godimento, secondo lo schema dei contratti di durata con causa di finanziamento, con **applicazione del principio di irretroattività degli effetti dello scioglimento, integrato però dai correttivi previsti in funzione del riequilibrio delle posizioni dei contraenti e delle peculiarità proprie del *leasing*.**

Nel *sale and lease back*, essendo il bene già di proprietà dell'impresa, **assume rilievo causale la sola finalità di finanziamento:** l'interesse concreto che le parti intendono perseguire è quello di sostenere finanziariamente l'impresa, dotandola della liquidità corrispondente al prezzo di vendita del bene.

Nel suo fisiologico operare il *sale and lease back* presenta una propria autonomia strutturale e funzionale ed è considerato operazione contrattuale lecita in quanto espressione di legittime esigenze imprenditoriali e, perciò, funzionale al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

L'indubbia ricorrenza di un finanziamento accompagnato dall'alienazione di un bene a favore del finanziatore ha fatto emergere le possibili interferenze con il divieto del patto commissorio, imponendo la necessità, ribadita anche nella pronuncia che si annota, di operare una netta distinzione tra *sale and lease back*, inteso come contratto d'impresa lecito, e **alienazione in funzione di garanzia illecita in quanto contrastante con il divieto del patto commissorio.**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Prima di trattare di tale distinzione, è opportuno soffermarsi brevemente su natura e ambito applicativo del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Il divieto di patto commissorio

Omississ...

Sale and lease back e possibili interferenze con il divieto del patto commissorio

Come già osservato, l'indubbia ricorrenza, nello schema strutturale del *sale and lease back*, di un finanziamento accompagnato dall'alienazione di un bene a favore del finanziatore ha fatto emergere le possibili interferenze con il divieto del patto commissorio, ben potendo l'operazione traslativa essere di fatto finalizzata ad uno scopo di garanzia, in modo da consentire al creditore di consolidare l'acquisto della proprietà (già oggetto del trasferimento iniziale) nel caso di mancata restituzione dell'importo finanziato.

Seguendo l'impostazione originaria che limitava la sanzione della nullità alla sola vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore, il sale and lease back è stato dapprima considerato dalla giurisprudenza operazione pienamente lecita in quanto produttiva di un effetto traslativo immediato[26].

Quando però si è affermato, a seguito delle sentenze gemelle del 1989 della Corte di cassazione a sezioni unite[27], il principio della nullità di qualsiasi negozio di trasferimento della proprietà allo scopo di assicurare il soddisfacimento di un debito dell'alienante nei confronti dell'acquirente, rimarcando l'irrilevanza del momento (immediato o differito) in cui si realizza l'effetto traslativo, la liceità del *sale and lease back* è stata rimessa in discussione.

L'approdo conclusivo, cui è pervenuta la giurisprudenza e che trova continuità nella pronuncia che si annota, è che il *sale and lease back*, nella sua configurazione socialmente tipica, è un contratto d'impresa lecito, che presenta una propria autonomia strutturale e funzionale, è retto da una causa di finanziamento e, nel suo fisiologico operare, è orientato al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

La vendita - è stato correttamente rilevato - non è posta in essere a scopo di garanzia, bensì di leasing, costituendo il necessario presupposto della locazione finanziaria, che si inserisce in una più ampia operazione economica avente la specifica funzione di procurare all'imprenditore una certa liquidità attraverso l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone l'uso e la facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto[28].

L'operazione negoziale, di per sé lecita, potrebbe tuttavia essere preordinata alla fraudolenta elusione del divieto del patto commissorio, allorché l'intento pratico delle parti sia quello di realizzare un finanziamento assistito da una alienazione a scopo di garanzia.

La necessità di distinguere la fattispecie lecita da quella illecita ha orientato gli sforzi degli interpreti a delineare i tratti qualificanti dello schema socialmente tipico del *sale and lease back*, individuando nel contempo gli indici sintomatici di una **distorsione causale, rivelatori di una finalità di garanzia in concreto perseguita dai contraenti in violazione del divieto del patto commissorio.**

Nello schema socialmente tipico, oltre ai requisiti soggettivi dei contraenti (venditore-utilizzatore deve essere un imprenditore o un lavoratore autonomo e compratore deve essere un intermediario finanziario), **vengono in rilievo, quali elementi oggettivi qualificanti, la natura del bene oggetto del contratto che deve essere strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa e permanere nella effettiva disponibilità del venditore-utilizzatore; la durata del rapporto sufficientemente prolungata nel tempo e l'ammontare del canone che, unitamente al valore di riscatto, deve essere proporzionato al prezzo d'acquisto, a sua volta proporzionato al valore del bene.**

Sono, invece, considerati indici di anomalia rivelatori della causa illecita di garanzia e dell'intento elusivo del divieto di cui all'art. 2744 c.c. la presenza (preesistente o contestuale) di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria ed il venditore-utilizzatore, le

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

difficoltà economiche di quest'ultimo legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza e la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente[29].

I tre indici in questione sono comunemente evocati nell'apparato argomentativo della giurisprudenza. Ad essi fa riferimento anche la pronuncia in commento che, in particolare, nella valutazione della sproporzione valoriale, ne coglie una rafforzata valenza sintomatica dell'intento elusivo (avallando sul punto le valutazioni espresse dal Tribunale) per avere i contraenti previsto l'impiego di parte del corrispettivo della vendita per la stipulazione di una polizza costituita in pegno a garanzia del pagamento dei canoni di *leasing*.

La ricorrenza degli indici sintomatici vale a fondare, nell'impostazione giurisprudenziale, la presunzione che le parti abbiano inteso realizzare **un finanziamento assistito da una alienazione a scopo di garanzia, aggirando il divieto del patto commissorio e, pertanto, il contratto è sanzionato con la nullità per illiceità della causa.**

La giurisprudenza prevalente esige il concorso dei citati elementi sintomatici ai fini dell'accertamento dell'intento fraudolento e della conseguente pronuncia di nullità del contratto[30]. E **la compresenza degli indici sintomatici è ritenuta necessaria sulla base dell'avvertita esigenza di non circoscrivere eccessivamente l'impiego del *sale and lease back* e, più in generale, di non ostacolare l'emersione, nell'esercizio dell'autonomia privata, di nuove forme di garanzia sussidiaria, volte a salvaguardare con maggiore efficienza le ragioni del creditore, consentendone un più rapido e sicuro soddisfacimento, indipendentemente dalla collaborazione del debitore[31].**

Il ridimensionamento del divieto del patto commissorio

Nelle soluzioni giurisprudenziali che fanno dipendere la nullità del *sale and lease back* dalla ricorrenza degli indici sintomatici di cui si è detto, riaffiora inesorabilmente l'idea di fondo che la *ratio* del divieto del patto commissorio sia da ravvisare nell'esigenza di **evitare possibili abusi in danno del debitore, considerato parte debole e perciò esposto al rischio di indebite prevaricazioni da parte del creditore.**

Una tale lettura del divieto sembra emergere anche dai recenti interventi del legislatore, che nel disciplinare talune fattispecie di alienazione a scopo di garanzia (il trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato a garanzia del finanziamento bancario alle imprese, il trasferimento a garanzia del credito immobiliare ai consumatori e l'effetto traslativo a favore del creditore nel pegno mobiliare non possessorio[32]), ne fa dipendere la validità, sottraendole all'ambito operativo del divieto del patto commissorio che altrimenti le **travolgerebbe, dalla introduzione di una "cautela marciara", in forza della quale al debitore è riconosciuto il diritto alla restituzione dell'eventuale eccedenza di valore del bene al tempo dell'inadempimento rispetto all'ammontare del debito impagato.**

Il riequilibrio dei valori patrimoniali in gioco assicura la protezione del debitore, scongiurando abusi in suo danno, e rende lecita l'alienazione in garanzia.

Il **patto marciara[33] è quindi normativamente riconosciuto come strumento idoneo ad attenuare il rigore del divieto del patto commissorio[34]**, la cui operatività resta neutralizzata, allorché il rischio di potenziali prevaricazioni a danno del debitore sia eliminato in radice attraverso l'attivazione di un meccanismo che consenta di ristabilire l'equilibrio eventualmente alterato dalla sproporzione valoriale tra bene trasferito e debito inadempito[35].

I ricordati interventi normativi, dettati dal **necessitato recepimento di direttive comunitarie**, ma in parte anche frutto di autonome iniziative domestiche, danno chiara evidenza della volontà del legislatore di ampliare, al di fuori degli angusti confini delle garanzie reali tipiche, gli strumenti di rafforzamento del credito in deroga al divieto del patto commissorio, senza tuttavia trascurare la posizione del debitore preservata attraverso un meccanismo di riequilibrio delle prestazioni,

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

confermando in tal guisa l' idoneità della cautela marciana ad escludere l'operatività del divieto e con esso la sanzione di nullità.

Altro dato assai importante che si ricava dalle suddette fattispecie tipizzate di alienazione *cavendi causa* è l'esplicito riconoscimento normativo, superando le perplessità sollevate in dottrina[36], della funzione di garanzia come causa idonea a giustificare il trasferimento della proprietà; **trasferimento che resta però strumentale al rafforzamento del credito e pur sempre precario, dipendendo il suo consolidamento dall'eventuale inadempimento dell'obbligazione oggetto di garanzia, fatta salva in ogni caso l'imprescindibile salvaguardia della proporzionalità tra valore del bene trasferito ed ammontare del credito garantito, pena l'illiceità dell'operazione traslativa.**

Il sale and lease back e la cautela marciana

Assunta a fondamento del divieto del patto commissorio l'esigenza di protezione del debitore da possibili prevaricazioni da parte del creditore, la giurisprudenza è giunta a ritenere che l'inserimento nel *sale and lease back* di una pattuizione **che preveda la stima imparziale del bene al tempo dell'inadempimento e il versamento al debitore dell'eventuale eccedenza di valore quale presupposto del definitivo consolidarsi dell'effetto traslativo iniziale, sia condizione sufficiente a scongiurare l'illiceità dell'operazione contrattuale.** L'effetto salvifico - si è detto - discende dalla intrinseca idoneità della convenzione marciana a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni e a permettere che l'attuazione coattiva del credito avvenga sulla base di una corretta valutazione dei valori patrimoniali in gioco, escludendo perciò l'operatività del divieto del patto commissorio[37].

In tema di proporzionalità delle prestazioni, occorre considerare la disciplina normativa del *leasing* dettata dalla L. 4 agosto 2017, n. 124 che, oltre ad offrire la definizione della figura contrattuale, delinea la **fattispecie del grave inadempimento dell'utilizzatore che legittima la risoluzione del contratto e ne regola gli effetti nei rapporti tra le parti, fissando anche la procedura per la vendita o riallocazione del bene**[38].

In particolare, la risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore è ammessa solo nel caso di "mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i *leasing* immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria" (cfr. art. 1, comma 137, L. n. 124 del 2017).

Risolto il contratto, l'utilizzatore è tenuto alla restituzione del bene e al concedente è riconosciuto il diritto di trattenere quanto ricavato dalla sua vendita o riallocazione fino a concorrenza dei canoni scaduti e non pagati alla data della risoluzione, dei canoni a scadere solo in linea capitale e del prezzo d'acquisto finale, oltre alle spese di recupero, stima e conservazione del bene fino alla sua riallocazione, versando all'utilizzatore l'eventuale residuo importo. In caso, invece, di differenza negativa, l'importo corrispondente resta dovuto dall'utilizzatore (cfr. art. 1, comma 138, L. n. 124 del 2017).

La suddetta disciplina risponde evidentemente all'esigenza di riequilibrio delle posizioni dei contraenti in modo da scongiurare indebiti arricchimenti a vantaggio del concedente, come accadrebbe se gli fosse consentito di ricavare dalla riallocazione del bene più di quanto avrebbe conseguito se il contratto avesse avuto regolare esecuzione[39].

Per evitare abusi in danno dell'utilizzatore, il legislatore ha anche regolato la procedura per la vendita o riallocazione del bene, che deve avvenire secondo i valori risultanti da rilevazioni di mercato eseguite da soggetti specializzati o, in difetto, sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti o, in mancanza di accordo, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

almeno tre esperti, previamente comunicati all'utilizzatore che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina (cfr. art. 1, comma 139, L. n. 124 del 2017)[40].

Il mantenimento della proprietà in capo al concedente impone all'utilizzatore di restituire il bene in caso di risoluzione e assolve propriamente alla funzione di garanzia del credito: **il concedente, però, non può ritenere il bene a tacitazione delle proprie ragioni, ma è tenuto a provvedere alla vendita o riallocazione secondo la procedura suddetta, trattenendo quanto ricavato sino a concorrenza del credito vantato.**

In buona sostanza, in caso di inadempimento dell'utilizzatore trova applicazione *ex lege* un meccanismo di tipo marciano di salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni, attraverso il quale il concedente è legittimato a soddisfare il proprio credito mediante la vendita o riallocazione del bene secondo i valori risultanti da una stima imparziale, con l'obbligo di versare all'utilizzatore l'eventuale eccedenza tra quanto ricavato e l'ammontare del credito maturato.

Occorre a questo punto verificare se la descritta cautela marciana, che trova applicazione anche nel caso del *sale and lease back* in ragione della inderogabilità del disposto normativo che la contempla, valga ad escludere l'operatività del divieto del patto commissorio, segnando il definitivo superamento della sanzione della nullità anche quando l'operazione contrattuale risultasse finalizzata a realizzare un finanziamento assistito da una alienazione a scopo di garanzia.

Come già rilevato, le figure tipiche (di cui si è detto sopra) di alienazione a scopo di garanzia normativamente disciplinate consentono, per un verso, di legittimare la funzione di garanzia come causa idonea a sorreggere l'attribuzione traslativa e, per altro verso, di confermare l'ammissibilità del **patto marciano come strumento di autotutela esecutiva[41] e la sua attitudine a neutralizzare l'operatività del divieto del patto commissorio.**

Dai ricordati interventi normativi e dalle disposizioni codicistiche che già ammettono strumenti di autotutela esecutiva (cfr. artt. 1851 e 2803 c.c.), è dunque possibile trarre il principio generale di liceità, in deroga al divieto del patto commissorio, delle alienazioni a scopo di garanzia, purché accompagnate da un meccanismo, legale o convenzionale, di riequilibrio delle prestazioni a tutela della posizione del debitore.

Venendo al *sale and lease back*, tenuto conto della necessaria applicazione della descritta cautela marciana in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, l'operazione contrattuale, pur quando integrasse un finanziamento garantito dal trasferimento della proprietà del bene, **non potrebbe più considerarsi illecita perché in frode all'art. 2744 c.c., essendo eliminata ogni potenziale situazione di abuso in danno del debitore.** In caso di suo inadempimento, infatti, sarebbe garantito il riequilibrio dei valori patrimoniali in gioco, essendo il creditore obbligato a restituire all'utilizzatore l'eventuale eccedenza di valore del bene riallocato rispetto all'ammontare del credito vantato.

Anche ammettendo che la *ratio* del divieto del patto commissorio non possa essere ricercata nell'esigenza di protezione del debitore da possibili prevaricazioni del creditore, il *sale and lease back*, proprio in virtù della cautela marciana destinata ad operare in caso di inadempimento dell'utilizzatore, dovrebbe comunque restare estraneo all'ambito applicativo del divieto in parola e, di conseguenza, sfuggire alla sanzione della nullità, in quanto l'alienazione in garanzia eventualmente riscontrabile nell'operazione di **finanziamento integrerebbe un lecito strumento di autotutela esecutiva riconducibile al modello generale di patto marciano, la cui validità - come detto - trova conferma nelle figure speciali tipizzate dal legislatore.**

In conclusione, per effetto del meccanismo legale di riequilibrio delle prestazioni in caso di inadempimento dell'utilizzatore, il *sale and lease back* dovrebbe definitivamente collocarsi oltre i confini del divieto del patto commissorio, restando esclusa, sotto questo profilo, la valutazione di illiceità della causa.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

[4]**Bipartizione ormai superata in quanto priva di risvolti pratici, avendo il legislatore disciplinato unitariamente la fattispecie negoziale, senza alcuna differenziazione che dia rilevanza al prevalere della causa di scambio o di godimento.** L'unitaria valutazione del contratto era già emersa nell'art. 72- *quater* l.fall. (introdotto dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e poi trasfuso nell'art. 177 CCII di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che regolava le sorti del *leasing* in caso di fallimento dell'utilizzatore modellandone la disciplina, indipendentemente dalla funzione di scambio o di godimento, secondo lo schema dei contratti di durata con causa di finanziamento, con **applicazione del principio di irretroattività degli effetti dello scioglimento, integrato però dai correttivi previsti in funzione del riequilibrio delle posizioni dei contraenti e delle peculiarità proprie del *leasing*.**

D. Normativa

1. Art. 1, Legge 4 agosto 2017, n. 124.

1.-135. *Omissis.*

136. Per locazione finanziaria si intende 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.

137. Costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore il mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria.

138. In caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'utilizzatore ai sensi del comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente.

139. Ai fini di cui al comma 138, il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all'utilizzatore, che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunicazione. Il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

140.-192. *Omissis.*