

Note in tema di alienazione a scopo di garanzia

1. – Il dibattito sul patto commissorio

Il divieto di patto commissorio ha indiscutibilmente subito, nel corso degli anni, una progressiva estensione della propria portata prescrittiva.

Già il codice del 1942 ha esteso l'ambito di operatività dell'istituto all'ipoteca (art. 2744), laddove il codice precedente ne limitava la portata applicativa al pegno ed all'anticresi (artt. 1884 e 1894). Un contributo decisivo all'estensione della portata prescrittiva dell'istituto in esame è stato dato dagli operatori giuridici, che hanno progressivamente fatto ricadere nel suo ambito di operatività sempre nuove fattispecie.

Alla base di tale tendenza vi è la radicata convinzione che il patto commissorio rappresenti il punto di emersione del conflitto tra contraenti deboli e contraenti forti, tra una ipotetica categoria di debitori ed un'altrettanto ipotetica categoria di creditori. Da qui l'esigenza di apprestare per i debitori una più efficace tutela, vale a dire una tutela non agevolmente eludibile, attraverso il ricorso ad un raffinato strumentario giuridico.

Vera o falsa che sia tale rappresentazione della realtà, sta di fatto che il patto commissorio non è certo lo strumento più appropriato, per consumare sopraffazioni.

Si consideri che il creditore ipotecario, pignoratizio e anticretico si sono già premurati di assicurare una tutela forte alla situazione soggettiva di cui sono titolari.

In tale contesto il patto commissorio si limita ad assicurare al creditore l'ulteriore privilegio di eludere il processo esecutivo.

Detto questo non si può tacere che sovente fattispecie, come quella in esame, in astratto, si prestano a celare fenomeni gravi dal punto di vista sociale, come, ad esempio, quello dell'usura.

Come si è accennato, tale circostanza forse spiega la ragione per cui gli operatori giuridici si sono sforzati di ampliare la portata prescrittiva del divieto in esame, malgrado le figure, ricondotte dalla norma nella sua sfera di applicazione, siano alquanto definite e presentino non solo un'autonoma configurazione strutturale, ma anche forti analogie con fattispecie espressamente disciplinate dalla legge.

Alla base di questa estensione interpretativa, vi è un puntuale contributo, apparso pochi anni dopo la nuova codificazione, nel quale viene avanzata una originale lettura degli artt. 1963 e 2744 c.c.

In concreto, dall'analisi delle norme appena richiamate veniva desunto che esse esprimono un principio generale, nel cui ambito di operatività

ricade all'evidenza «la convenzione o il patto con cui si predisponga il passaggio della proprietà, nel caso di mancato pagamento del debito».

D'altra parte, se il divieto è stato sancito rispetto al pegno, all'ipoteca e a quella forma di garanzia personale *ad rem* che si attua a mezzo dell'anticresi, *a fortiori* esso non poteva non operare in relazione alla garanzia, alla quale è stato dato luogo mediante il trasferimento di proprietà, essendo quest'ultima una garanzia reale, «anzi una garanzia reale particolarmente, addirittura eccessivamente intensa».

Tale assunto sembrava ricevere una puntuale conferma, anche alla luce della funzione del divieto in esame, che in concreto veniva individuata nell'esigenza «di tutelare il debitore dalla pressione che può esercitare il creditore, per ottenere l'adempimento». Da qui il corollario secondo cui anche le convenzioni, nelle quali l'inadempimento contribuisce a consolidare un trasferimento già realizzato, sono da reputare lesive del divieto in esame.

Siffatta fattispecie, sebbene presenti una sostanziale analogia con la vendita con patto di riscatto, tuttavia risulta lesiva del divieto del patto commissorio, tutte le volte che viene adottata dai privati con l'intento di costituire una garanzia.

Dall'assunto secondo cui gli artt. 1963 e 2744 c.c. sono suscettibili di applicazione analogica, discende poi il corollario secondo cui tutte le volte in cui l'inadempimento viene contemplato dalle parti, come evento idoneo a consolidare un effetto reale precedentemente programmato, i privati danno luogo alla configurazione di una sequenza negoziale diretta a frodare la legge (art. 1344 c.c.).

Il programma negoziale posto in essere dalle parti risulterebbe, infatti, essenzialmente funzionale a eludere l'applicazione del divieto di patto commissorio, vale a dire di una norma imperativa.

Viene così confermato l'assunto da cui si erano prese le mosse e cioè che «il divieto del patto commissorio non riguarda solo il pegno, l'ipoteca e l'anticresi, ma può e deve ritenersi operante rispetto a qualsiasi eventuale forma di garanzia reale, anche se realizzata mediante trasferimento o investitura di proprietà», proprio in ragione dell'incongruenza tra funzione o causa di garanzia ed effetto traslativo.

La soluzione prospettata sembrava conciliarsi, poi, con altri principi desumibili dal nostro ordinamento giuridico, se si considera che il negozio traslativo con funzione di garanzia si può presentare prevalentemente o come traslativo o come costitutivo di garanzia.

Orbene, nella prima ipotesi «l'innesto della funzione di garanzia influisce sugli effetti del trasferimento, e trasforma la proprietà in proprietà fiduciaria; nella seconda, l'investitura nella proprietà prodotta dal negozio traslativo, trasforma la garanzia (reale) pura in una garanzia più intensa».

Si verrebbe così a configurare «alternativamente o contemporaneamente: una proprietà attenuata o una garanzia rafforzata, figure di diritti reali entrambe ignote al nostro ordinamento positivo».

L'incompatibilità dell'effetto traslativo e della funzione di garanzia dipenderebbe, in ultima analisi, dal fatto che il negozio traslativo con funzione di garanzia darebbe «luogo a due nuove figure di diritti reali, non riconosciute dall'ordinamento positivo, le quali sono poste tra loro in relazione tale per cui si influenzano a vicenda, snaturandosi correlativamente».

La ricostruzione, che abbiamo brevemente rammentato, proprio in quanto elaborata da uno dei più prestigiosi giuristi del '900 (Pugliatti), si segnala per il suo estremo rigore scientifico e per la puntuale coerenza esistente tra le premesse assunte come punto di partenza e le soluzioni di volta in volta prospettate. Per questa ragione, come si è detto, essa ha esercitato una indiscutibile influenza sulla dottrina e sulla giurisprudenza successive, che puntualmente si sono adoperate a contribuire all'estensione dell'ambito di operatività del divieto del patto commissorio.

Se fino ad un certo punto gli operatori giuridici, adeguandosi al paradigma normativo desumibile dagli artt. 1963 e 2744 c.c., erano saldamente ancorati alla convinzione, secondo cui il divieto in questione potesse estendersi alle sole vendite, che assumevano l'inadempimento quale evento dal quale dipendeva la realizzazione dell'effetto traslativo; ben presto la dottrina, prima, e la giurisprudenza, poi, si sono mostrate inclini ad estendere siffatta soluzione anche nel caso in cui l'inadempimento è stato contemplato dalle parti, quale evento idoneo a consolidare un effetto traslativo già programmato e, per converso, l'adempimento è stato contemplato quale causa del venir meno di tale effetto.

Naturalmente, stante le forti analogie esistenti tra la fattispecie appena delineata e la vendita con patto di riscatto, la distinzione tra le due figure è stata affidata alla ricerca del reale intento delle parti, che, nella misura in cui implica indagini di carattere soggettivo, non può non dar luogo a diverse perplessità e a notevoli incertezze.

Le decisioni giurisprudenziali, poi, sovente danno la sensazione di costituire il frutto di giudizi, in cui al referente normativo viene dato scarso rilievo: è sufficiente la presenza di un negozio traslativo della proprietà e di un programma negoziale diretto a consentire al venditore il riacquisto del bene, attraverso la restituzione del prezzo ricevuto, perché la fattispecie venga ricondotta nel divieto di patto commissorio e, conseguentemente, dichiarata nulla.

Assunta tale prospettiva, però, i confini tra patto commissorio e vendita con patto di riscatto diventano evanescenti o sfumano del tutto.

Tale stato di cose, come abbiamo accennato, trova la sua genesi in un

atteggiamento che ad un certo punto ha fatto timidamente ingresso tra gli operatori giuridici, per poi trasformarsi in una specie di crociata contro il patto commissorio, con la deplorable conseguenza che si è perso di vista che tale patto ha una configurazione normativa ben precisa, dalla quale non si può prescindere, se non al rischio di far subire all'istituto uno sviluppo ipertrofico, come tale non rispondente a quella che possiamo considerare la lettera e lo spirito della legge.

2. - *La funzione del divieto di patto commissorio*

Forse tale consapevolezza ha indotto la dottrina a tentare di dare un più consistente supporto teorico alla progressiva estensione dell'istituto in esame.

Siffatte prospettive, però, non sembrano idonee a consentire l'acquisizione di risultati persuasivi, nella misura in cui, per ricostruire la nozione di patto commissorio, svalutano i dati strutturali, che emergono dal dettato normativo, per valorizzare unicamente quelli funzionali. In buona sostanza, i vari autori tendono, in primo luogo, ad individuare la funzione assoluta dall'istituto in esame, per poi valutare se nelle varie fattispecie, che in concreto possono venirsi a delineare, ricorrano o meno i presupposti, per l'applicazione degli artt. 1963 e 2744 c.c.

Sulla correttezza del segnalato modo di procedere è dato, peraltro, nutrire gravi dubbi, giacché è ben noto che, nell'individuazione della funzione di un istituto, l'interprete non incontra limiti sostanziali, con la conseguenza che ogni autore può di fatto approdare alle più disparate soluzioni.

Prova ne sia che la funzione del divieto di patto commissorio è stata, di volta in volta, individuata nel divieto di autotutela incombente a carico dei privati; nell'esigenza di garantire il principio della *par condicio creditorum*; nella necessità di tutelare il debitore dalle pressioni provenienti dal creditore; nell'interesse generale di evitare che il patto commissorio diventi una clausola di stile inserita in tutti i contratti; nell'esigenza di scongiurare il rischio che il debitore subisca un sacrificio economico sproporzionato; nella opportunità di non creare al debitore la speranza di poter ricomprare il bene la cui proprietà è stata trasferita in funzione di garanzia.

La rassegna delle opinioni avanzate potrebbe continuare, ma evidentemente ai nostri fini è più proficuo far constatare che ognuna delle riferite opinioni presta il fianco a gravi critiche, anche se coglie un aspetto del complesso fenomeno.

Non è nostra intenzione dare una dimostrazione puntuale di tale assunto; ci è sufficiente far constatare che se noi valutiamo criticamente una qualunque delle soluzioni avanzate, i nostri rilievi risultano confermati.

Analizziamo, dunque, la tesi secondo cui il divieto del patto commis-

sorio assume la funzione di evitare che venga alterata la *par condicio creditorum*, per far constatare che è lo stesso divieto in esame, nella sua configurazione normativa, a presupporre una garanzia e, dunque, una fisiologica alterazione della parità tra creditori.

Il patto commissorio, infatti, non può che accedere ad un negozio costitutivo di garanzia, a cui la legge riconnette tipicamente l'effetto di privilegiare i creditori garantiti rispetto a quelli che garantiti non sono.

Ancora, se si assume che il divieto in esame assolva la funzione di evitare che il creditore approfitti dello stato di bisogno del debitore, non si considera evidentemente che tale funzione nel nostro sistema è assolta da altri istituti.

Se, infatti, Tizio ottiene in mutuo una determinata somma da Caio, concedendo a quest'ultimo una garanzia reale su di un bene di valore di gran lunga superiore rispetto alla somma mutuata, con l'intesa che in caso di inadempimento il bene oggetto della garanzia diventerà di proprietà del creditore, il debitore può attivare una tutela specifica ed alternativa a quella fornita dal divieto del patto commissorio.

A parte la possibilità, ove ne sussistano i presupposti, di attivare gli strumenti di tutela della libertà del volere, non vi è chi non veda che, se esiste sproporzione tra quanto il creditore doveva conseguire a titolo di *tantundem* e di interessi e quanto in concreto ha conseguito, diventando proprietario del bene oggetto della garanzia, esistono gli estremi per l'applicazione del divieto di interessi usurari.

Sebbene, il comma 2° dell'art. 1815 c.c. non lo prescriva espressamente, tale norma dovrebbe trovare applicazione tutte le volte che il mutuante riceve una controprestazione eccessiva dal mutuatario, come puntualmente dispone, nel delineare il delitto di usura, il codice penale, che correttamente fa riferimento non solo agli interessi, ma più in generale ai vantaggi usurari.

Ove si ritenesse, comunque, che la norma civilistica non si presti ad una estensione siffatta, resta il fatto che se il contenuto di un negozio viola una norma penalistica, si dovrebbe venire a configurare la violazione di una norma imperativa, con tutte le conseguenze che tale circostanza comporta.

Nel caso in cui il contratto, da cui nasce il rapporto obbligatorio, assistito da garanzia e a cui accede il patto commissorio, non è riconducibile tra quelli di credito, il debitore potrà evidentemente invocare la tutela di cui all'art. 1448 c.c.

Al riguardo si può ben ipotizzare che il debitore sia stato costretto per necessità ad acconsentire che, in caso di inadempimento, l'interesse del creditore venga soddisfatto attraverso l'acquisto della proprietà del bene oggetto della garanzia, sebbene esso abbia un valore di gran lunga superiore al valore della controprestazione ricevuta.

L'esemplificazione potrebbe continuare e confermare ulteriormente che le varie finalità, assegnate dai vari autori all'istituto in esame, sono in concreto assolve nel nostro ordinamento da altre norme. Tuttavia, i rilievi fin qui svolti a noi sembrano sufficienti a dimostrare che non è buon metodo individuare l'ambito di operatività delle norme che comminano nullità, valorizzando la loro funzione, giacché così facendo lo sviluppo o il ridimensionamento della portata prescrittiva di tali norme rischia di essere affidato alle vedute personali dell'interprete, invece di essere saldamente ancorato a più solidi dati oggettivi.

Da qui, dunque, la necessità di analizzare il dato normativo, con lo scopo precipuo di ricostruire puntualmente la struttura dell'istituto in esame, in modo da individuare un archetipo utile ad essere adoperato quale parametro, per la qualificazione delle varie fattispecie concrete.

Ma, a ben vedere, a nostro avviso, sussistono motivi di carattere più generale, che si frappongono all'accoglimento delle riferite soluzioni. Queste ultime, infatti, assumono a loro presupposto l'applicazione analogica delle norme, che vietano il patto commissorio.

Che la riconduzione in quest'ultima figura delle alienazioni in garanzia non costituisca il frutto di interpretazione estensiva, ma di applicazione analogica, lo testimonia il fatto che, nel caso di specie, non si è in presenza di una estensione della portata prescrittiva della norma, che vieta il patto commissorio, giacché una tale estensione non sarebbe consentita dai puntuali presupposti di fatto, a cui la norma subordina la propria applicazione.

In tal caso, dunque, si suppone l'esistenza di una fattispecie non disciplinata dalla legge, e rispetto alla quale il giudice deve pur tuttavia individuare una regola, estrapolandola dal sistema giuridico vigente.

Tale assunto è confermato, poi, dall'impalcatura logica che i vari autori seguono, per estendere la portata prescrittiva dell'istituto in esame: come si è visto, i vari autori identificano prima la funzione di quest'ultimo; per stabilire poi se tale funzione ricorra nella fattispecie concreta, al fine di dichiarare la nullità di quest'ultima in caso positivo.

Si ricorre cioè all'argomento dell'identità di *ratio*, che costituisce il fulcro dell'applicazione analogica delle norme. Si tratta, peraltro, all'evidenza di un procedimento argomentativo niente affatto persuasivo, in primo luogo, perché il codice civile, nel disciplinare la materia, ha assegnato rilievo alla sola ipotesi in cui le parti convengano che il bene concesso in garanzia diventi di proprietà del creditore in caso di inadempimento.

Nulla ha disposto, invece, il nostro codice per l'ipotesi in cui il bene sia stato trasferito immediatamente e il supposto adempimento sia stato dedotto quale condizione risolutiva del trasferimento.

Ma ciò non basta, dal momento che il nostro codice ha dato esplicito

rilievo alla vendita con patto di riscatto, che, come è intuitivo, presenta evidenti analogie con la fattispecie appena delineata.

Più in generale, rileviamo che, a nostro modo di vedere, le norme che comminano la nullità di atti, non sono suscettibili di applicazione analogica, giacché integrano la fattispecie delle norme eccezionali (art. 14 Preleggi), delle norme cioè che recano eccezioni alla regola generale della libertà contrattuale dei privati (M. ESPOSITO).

3. - *La struttura del patto commissorio*

In un contesto così fitto di ambiguità non resta, dunque, che ribadire l'esigenza di partire dalle norme, le quali inequivocabilmente dispongono la nullità del patto con il quale il creditore ed il debitore convengono che, in caso di inadempimento, il bene costituito in pegno o in ipoteca, diventi di proprietà del soggetto attivo del rapporto obbligatorio.

Soggiunge la norma che tale patto è ugualmente nullo, anche se stipulato successivamente alla costituzione del pegno o dell'ipoteca. Una prescrizione del tutto analoga a quella appena richiamata è dettata in materia di anticresi dall'art. 1963 c.c.

Ebbene, perché si possa configurare il patto commissorio è indispensabile, prima di tutto, l'esistenza di un rapporto obbligatorio, in cui il credito sia assistito da garanzia pignoratizia, ipotecaria o anticretica.

Il patto commissorio, infatti, costituisce una convenzione, che può accedere, quale clausola, negli atti costitutivi di dette garanzie, anche se esso può essere esternato anche in via autonoma, come è dato desumere dagli artt. 1963 e 2744 c.c., che espressamente prevedono che il patto in esame possa essere stipulato successivamente rispetto all'atto di costituzione della garanzia.

In tutti i casi, comunque l'istituto in esame presuppone una garanzia.

Come è dato desumere dalle prescrizioni in esame, in ogni caso, la nullità colpisce il solo patto commissorio e non anche la fattispecie costitutiva della garanzia: quand'anche tale patto dovesse assumere la veste di una clausola, non può trovare applicazione la prescrizione di cui all'art. 1419 c.c.

Ciò perché le norme, che prendono in considerazione il divieto in esame, ne comminano la nullità, sebbene non possano non presupporre che la relativa pattuizione rivesta quasi sempre carattere essenziale quanto meno per il creditore.

Con la conseguenza che la norma, ove avesse dato rilievo a tale circostanza, avrebbe dovuto comminare sempre la nullità dell'intero contratto o prevedere un fenomeno di sostituzione analogo a quello previsto dall'art. 1339 c.c.

La dottrina ritiene che nella fattispecie legale il patto commissorio si caratterizzi, in quanto le parti condizionano sospensivamente il prodursi dell'effetto reale del bene oggetto della garanzia al mancato adempimento del debitore.

La soluzione non manca di sollevare perplessità se all'uso del termine condizione si vuole assegnare una connotazione tecnica. Nel nostro sistema, infatti, la condizione è un evento futuro ed incerto (art. 1353 c.c.), laddove l'adempimento può certamente essere un avvenimento futuro, in quanto differito da un termine, ma non può essere sempre considerato anche un avvenimento incerto nel senso proprio del termine, giacché esso è sempre collegato in qualche modo alla sfera decisionale del debitore.

Quanto al contenuto precettivo delle norme in esame, non sembrano sorgere particolari problemi: innanzi tutto, è indispensabile l'esistenza di un rapporto obbligatorio assistito da garanzia ipotecaria, pignorizia o anticretica.

In tale contesto il patto commissorio, sotto il profilo negoziale, si propone di regolamentare in via preventiva l'adempimento dell'obbligazione o, meglio, il mancato adempimento di quest'ultima, visto che esso intanto può esplicare i propri effetti, in quanto si sia realizzata quest'ultima fattispecie.

In definitiva, dunque, la tradizionale descrizione della fattispecie del patto commissorio secondo cui attraverso quest'ultimo i soggetti del rapporto obbligatorio convengono che, in caso di inadempimento il creditore acquisterà la proprietà del bene oggetto della garanzia, può essere con altrettanto realismo descritta nei seguenti termini: il debitore conviene con il creditore che, nel caso in cui non potrà o non vorrà adempiere attraverso l'esecuzione della prestazione principale, potrà estinguere l'obbligazione, in virtù del trasferimento del bene su cui è stata costituita la garanzia, di modo che il processo esecutivo venga evitato.

Talché, sebbene il patto commissorio appartenga al novero dei negozi modificativi, non per questo esso non può incidere anche sul sinallagma contrattuale: ciò si verifica in tutte le ipotesi in cui l'oggetto della garanzia abbia un valore superiore o inferiore rispetto a quello della prestazione originariamente dovuta.

Non è superfluo osservare che tale fattispecie assume una connotazione fisiologica nel nostro sistema, giacché la dottrina ha avuto cura di enucleare le così dette obbligazioni con facoltà alternative o facoltative, che si caratterizzano, in quanto, nella certezza dell'esistenza del vincolo obbligatorio, il debitore si riserva la facoltà di liberarsi eseguendo, invece della prestazione dovuta, una diversa prestazione, che deve essere determinata, o almeno determinabile, nel momento in cui l'obbligazione sorge (RUBINO).

Il tratto, che differenzia le due fattispecie, deve essere, dunque, collocato nel fatto che, nell'ipotesi contemplata dalle norme in esame, l'oggetto di una delle due obbligazioni costituisce anche alternativamente l'oggetto di pegno, ipoteca o anticresi.

Più problematico è definire l'arco temporale entro cui deve collocarsi il trasferimento dell'oggetto della garanzia in funzione satisfattiva, affinché esso possa integrare la fattispecie del patto commissorio. Si è visto che è la stessa legge a prescrivere che tale patto possa essere concluso anche successivamente alla costituzione della garanzia; tuttavia, il limite ultimo per la configurabilità del divieto in esame dovrebbe identificarsi con il mancato adempimento del debitore, poiché la realizzazione di tale evento fa venir meno uno dei presupposti essenziali per la sua configurabilità.

Infatti, l'esigibilità della prestazione da parte del creditore radica a favore di questo soggetto la possibilità di procedere all'esecuzione forzata, facendo valere in tale sede il privilegio, che assiste il diritto di cui è titolare.

Viene così meno la possibilità di configurare un patto diretto a regolare preventivamente il mancato adempimento del debitore (essendosi quest'ultimo realizzato), con la conseguenza che le eventuali pattuizioni, che interverranno tra le parti, per regolare tale evento non potranno integrare la fattispecie del patto commissorio, assumendo le stesse una diversa configurazione giuridica.

Si consideri, poi, che il debitore potrebbe avere interesse ad adempiere trasferendo al creditore la proprietà del bene oggetto della garanzia, in particolare nel caso in cui non fosse in grado di adempiere altrimenti, dal momento che l'estinzione dell'obbligazione fa cessare tutte le conseguenze connesse alla *mora debendi*.

Non si trascuri, poi, che nel nostro sistema giuridico è dato rinvenire l'istituto della *datio in solutum*, che ha carattere generale e non può non trovare applicazione in tale contesto, non esistendo ragioni che si possano frapporre a tale soluzione. Se, poi, all'interno di tale fattispecie vengono posti in essere attività vietate dalla legge (approfittamento dell'altrui stato di bisogno, pagamento di interessi usurari e così via), il debitore potrà avvalersi della tutela specifica, di volta in volta, prevista dal nostro codice, senza che sia necessario fare un improprio ricorso all'istituto del divieto di patto commissorio.

4. – *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto*

Abbiamo acquisito sufficienti dati, per procedere all'individuazione dei termini del problema in maniera meno generica.

Abbiamo rammentato che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, a

fronte della puntuale individuazione legislativa della struttura del patto commissorio, ritengono, sulla base della sola valorizzazione di dati funzionali, di poter ricondurre in tale figura anche il negozio immediatamente traslativo, a cui accede il patto, in virtù del quale le parti convengono che, se l'alienante restituisce il prezzo all'acquirente, l'effetto traslativo viene meno e l'alienante riacquista la proprietà del bene prima alienato.

Si afferma che la descritta fattispecie si caratterizzerebbe rispetto al patto commissorio nella sua configurazione classica, dal momento che il mancato adempimento non è più dedotto quale condizione sospensiva del trasferimento del bene oggetto della garanzia, essendo lo stesso contemplato come una vicenda, che consolida il già prodotto effetto traslativo.

Detto questo, occorre ribadire che le analogie, che presenta la figura appena tratteggiata con la vendita con patto di riscatto (art. 1500 c.c.), sono sostanziali; ed esse non consumano la loro rilevanza a livello di fattispecie, poiché, a ben vedere, le due figure sembrano assumere presupposti di fatto del tutto assimilabili.

I privati, infatti, quando hanno l'esigenza di acquisire liquidità, possono soddisfare tale esigenza, ricorrendo al mercato del credito e stipulando contratti, in virtù dei quali viene concesso loro l'uso di una determinata quantità di denaro con l'obbligo di restituire il *tantundem* e di corrispondere eventualmente una controprestazione, che normalmente è rappresentata dagli interessi monetari.

In quest'ultimo caso, a seconda delle qualità soggettive dei contraenti, questi ultimi potranno decidere che l'obbligazione di restituire il *tantundem* e di pagare gli interessi debba essere assistita da garanzia reale o personale. Ma i privati, nell'elaborare i propri programmi individuali, possono ritenere più conveniente acquisire liquidità, in virtù del definitivo trasferimento della proprietà di un bene.

Ricorrendo tale eventualità possono ricorrere ad un contratto di scambio, tra i quali la vendita costituisce il paradigma.

Tra questi due programmi estremi può collocarsene un terzo: il privato può decidere di acquisire liquidità alienando un bene, ma riservandosi la possibilità di riacquistarlo, entro un certo tempo, dal compratore.

Orbene, il nostro codice ha provveduto a dare veste formale a tale assetto di interessi, attraverso la figura della vendita con patto di riscatto: in tal caso lo scopo del venditore di acquisire liquidità è evidente: quest'ultimo, infatti, è indotto ad alienare il bene quasi sempre per acquisire il prezzo, prova ne sia che si riserva la facoltà di ottenere il riscatto del bene, restituendo il prezzo ricevuto.

Il codice ha avuto ben presente tale stato di cose; il codice, cioè, ha previsto che tale fattispecie sarebbe stata utilizzata con maggior frequenza

da soggetti deboli, sicché esso, anche per evitare che in tale contesto si consumino sopraffazioni economiche, ha disposto che il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza.

Le motivazioni, che possono indurre il privato ad adottare tale schema negoziale, sono molteplici: può accadere che ancora il soggetto è incerto sull'opportunità di liberarsi della proprietà di un bene, in quanto conta di riacquistare una maggiore liquidità nel breve periodo.

Le variabili, che possiamo ipotizzare in tal caso sono evidentemente molteplici; solo un dato a noi sembra certo e cioè che difficilmente il ricorso a tale schema sia sollecitato dall'esigenza di costituire una garanzia, per l'ovvio motivo che nel nostro sistema, in particolare, i diritti reali di garanzia offrono al creditore una tutela molto forte (cfr., ad es., l'art. 2808 c.c.).

Come abbiamo fatto rilevare, la preferenza accordata all'adozione, per scopi di garanzia, di uno schema traslativo non consente affatto di acquisire una posizione più forte al creditore (il quale è già sicuro che, in virtù della garanzia, conseguirà la somma dovuta oltre i frutti), giacché tale schema consente al creditore esclusivamente l'elusione del processo esecutivo.

Si comprendono adesso le ragioni per cui gli operatori giuridici non sono mai riusciti a distinguere, in maniera convincente, la vendita con patto di riscatto dai così detti trasferimenti a scopo di garanzia. I vari autori, nel tentativo di individuare una linea di confine tra le due figure, hanno sostanzialmente asserito che, nei trasferimenti a scopi di garanzia, l'intento reale delle parti è quello di costituire una garanzia e non già quello di trasferire la proprietà.

La fattispecie così finisce per dissolversi all'interno del fenomeno della simulazione e, sotto tale aspetto, non è un caso che i vari autori pongano in evidenza che in tale contesto il negozio reale è un contratto di mutuo garantito da una vendita.

Il mutuante erogherebbe la somma coincidente con il prezzo della vendita e il mutuatario, restituendo la somma mutuata, riacquisterebbe la proprietà del bene alienato in garanzia. Ma, a voler ritenere in astratto plausibile tale ricostruzione, nondimeno essa solleva non pochi problemi di non facile soluzione.

Infatti, nel corso del rapporto si verrebbero a delineare in capo ai contraenti una duplicità di posizioni non del tutto conciliabili, giacché il venditore rivestirebbe ad un tempo il ruolo di debitore, laddove il compratore risulterebbe essere contemporaneamente il soggetto attivo del rapporto obbligatorio.

In secondo luogo, la vendita, che viene qualificata come strumentale

alla costituzione di una garanzia, deve essere ritenuta simulata relativamente: le parti ricorrono a tale schema negoziale, anche se il loro assetto di interessi dovrebbe trovare una più lineare composizione in un diverso tipo negoziale.

Stando così le cose, se la vendita è simulata non ha effetto tra le parti, con la conseguenza che tra queste ultime dovrebbe produrre effetto il negozio dissimulato, sempre che ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma (art. 1414, comma 2°, c.c.).

Ma non si vede, in tal caso, quale negozio di garanzia possa dissimulare la supposta vendita simulata.

Se ipotizziamo che la garanzia realmente voluta dalle parti fosse una ipoteca, dobbiamo ritenere che quasi mai essa risulterà validamente costituita, giacché è noto che, ai fini della costituzione di tale garanzia, è essenziale l'iscrizione (art. 2808, comma 2°, c.c.), vale a dire un atto che difficilmente le parti avranno compiuto. Da qui la conseguenza che il negozio dissimulato, in tal caso non potrà produrre effetti, in quanto carente dei requisiti necessari per la sua configurabilità.

Diversamente, se l'atto dissimulato dai soggetti del rapporto obbligatorio era la costituzione di un pegno, esso può considerarsi validamente costituito, solo se tali soggetti hanno rispettato le formalità di cui al comma 1° dell'art. 2786 c.c.

Analogamente, se le parti hanno inteso dissimulare un contratto di anticresi, esso sarà valido ed opponibile ai terzi, solo se è stato esternato per iscritto (art. 1350, n. 7, c.c.) ed è stato regolarmente trascritto (art. 2643, n. 12, c.c.).

Tali rilievi sono funzionali a porre in luce che il creditore, ad esito di un giudizio di simulazione, rimane quasi sempre privo di garanzia, sebbene il mutuo sopravviva. Alla medesima conseguenza si perviene, se si assume che il trasferimento oltre ad essere simulato è anche utilizzato per eludere una norma imperativa, con la conseguenza che deve essere ritenuto nullo (art. 1344 c.c.).

Ma così ragionando ci troviamo davanti ad una prima incongruenza: si consideri che tra il supposto contratto di mutuo ed il supposto trasferimento in garanzia sussiste quanto meno un rapporto di collegamento negoziale, il quale postula che tutte le vicende relative ad un atto della sequenza negoziale si riflettano sugli altri ad esso collegati. Da ciò deriverebbe che, venuta meno la garanzia, dovrebbe venire meno anche il mutuo.

Ma ciò non basta, dal momento che la circostanza che desta maggiori perplessità è la seguente: in presenza di un contratto traslativo della proprietà, in cui viene prevista la retrocessione di tale effetto nel caso in cui l'alienante restituisca il « prezzo » ricevuto all'acquirente, noi avremo una valida ed efficace vendita con patto di riscatto o un mutuo, collegato ad

un trasferimento a scopo di garanzia, a seconda che la volontà (o, se si vuole, l'intento) delle parti fosse diretta a concludere realmente il primo contratto o la sequenza negoziale da ultimo richiamata.

Impostando così l'analisi della problematica, vale a dire esaminando con maggiore attenzione il collegamento esistente tra i diversi assetti di interessi e gli strumenti negoziali chiamati ad esprimere questi ultimi, a noi sembra che molti problemi siano destinati ad essere dissipati.

Si vedrà, infatti, che la vendita a scopo di garanzia non è affatto funzionale, come sovente si afferma, a consentire al venditore di valutare compiutamente la convenienza ad alienare il bene.

Nel nostro sistema, infatti, esistono molteplici strumenti negoziali, che producono meri effetti preliminari o preparatori (proposta irrevocabile, opzione e così via) e che in via specifica sono deputati ad assolvere tale funzione; non vi è ragione per aggiungere ad essi uno schema contrattuale, che si connota, invece, per un considerevole grado di definitività.

Ciò posto, nel valutare più compiutamente l'assetto di interessi a cui la vendita con patto di riscatto è chiamata a dare veste formale, non può sfuggire che ad essa non è affatto estranea una funzione di garanzia.

5. - Funzione creditizia e vendita con patto di riscatto

La soluzione prospettata richiede una più doviziosa dimostrazione, che possiamo portare a termine solo attraverso un compiuto approfondimento di considerazioni precedentemente svolte. Abbiamo chiarito che gli operatori economici, se hanno l'esigenza di acquisire liquidità, possono ricorrere ai contratti di credito.

Ma un operatore economico avveduto ricorre a tali schemi negoziali, se ha fondate ragioni, per ritenere che il differimento, che è tipico di tali schemi, gli consentirà di acquisire la liquidità necessaria per adempiere.

In tale contesto, però, non bisogna dimenticare la posizione del potenziale creditore, che potrà essere indotto a concedere la liquidità con minore o maggiore facilità a seconda della fiducia, che ripone nel debitore.

Ove il potenziale debitore, dunque, in base ai suoi calcoli economici, ritiene di poter risolvere i propri problemi di liquidità, attraverso la conclusione di un contratto di credito, otterrà agevolmente il risultato che si prefigge, se i potenziali creditori ripongono fiducia nel potenziale debitore stesso.

Se, al contrario, il debitore gode di scarsa fiducia, è probabile che il creditore pretenderà di conseguire una garanzia reale o personale (si consideri, poi, che gli istituti, che esercitano istituzionalmente il credito, concludono alcune operazioni solo se assistite da garanzia).

Si è accennato, che il soggetto può anche ritenere, in base ai propri

calcoli economici, poco conveniente rivolgersi al mercato del credito, per risolvere i propri problemi di liquidità (es.: perché ha un cospicuo patrimonio immobiliare verso il quale ha scarso interesse; perché ha già fatto ricorso abbondantemente al mercato del credito), ed allora si orienterà, per realizzare quest'ultima, verso un tipo negoziale, che, come affermano gli operatori economici, realizza uno scambio di prezzo contro cosa.

Ma si può anche ipotizzare che il soggetto, che necessita di conseguire liquidità, sebbene opti per l'adozione di un tipo negoziale siffatto, tuttavia non voglia precludersi la possibilità di riacquistare la proprietà della cosa alienata.

Ebbene, in tal caso a questo assetto di interessi è possibile dare veste giuridica attraverso il contratto di vendita con patto di riscatto. A questo punto la funzione creditizia, che è sottesa a tale contratto, dal punto di vista dell'alienante ci sembra evidente; ma, a ben vedere, è possibile individuare tale funzione anche se l'operazione economica viene analizzata, dal punto di vista dell'acquirente.

Chi acquista un bene, esponendosi all'eventualità di perderne la proprietà, in virtù dell'esercizio di una facoltà del venditore, è chiaramente un soggetto che non ha un grande interesse verso il bene oggetto del contratto. O, meglio, è un soggetto che assegna un analogo rilievo al bene ed alla somma di denaro, che ha corrisposto per conseguirlo.

Si comprende agevolmente che, nel sistema del nostro codice, il patto di riscatto altera il carattere definitivo dei tipi che realizzano uno scambio di prezzo contro cosa, per fare assumere agli stessi eventualmente anche una funzione strumentale.

Se, ad esempio, la vendita - o ogni altro contratto, che realizza lo scambio di prezzo contro cosa - assume una duplice funzione, che si specifica, dal punto di vista del venditore, in quella di acquisire liquidità e, dal punto di vista del compratore, in quella di acquistare la proprietà di un bene, si deve chiarire che nella vendita con patto di riscatto quest'ultima funzione scema, mentre la prima risulta esaltata.

I precedenti rilievi inducono, dunque, a ritenere che la vendita con patto di riscatto costituisca nel nostro sistema l'archetipo dei trasferimenti a scopo di garanzia.

6. - *I trasferimenti a scopo di garanzia*

A questo punto è agevole arguire che i bizantinismi, a cui ricorrono parte della dottrina e parte della giurisprudenza, per dimostrare che fattispecie, riconducibili nella vendita con patto di riscatto, violano il patto commissorio, in virtù di supposti «intenti» delle parti, non hanno ragion d'essere.

Il vero è, infatti, che l'istituto in esame non esprime un principio generale, da cui possa desumersi che i trasferimenti a scopo di garanzia sono vietati.

Intanto, il divieto di patto commissorio, come abbiamo visto, ha una configurazione strutturale ben definita, che si identifica con una garanzia ipotecaria, pignoratizia o anticretica, a cui si aggiunge un patto che prevede che il bene oggetto della garanzia, in caso di inadempimento del debitore, diventerà di proprietà del creditore.

Abbiamo già accennato, che nelle fattispecie delineate il creditore è già fortemente garantito dall'esistenza di uno specifico diritto reale di garanzia, a cui l'effetto traslativo altro non aggiunge se non la possibilità di eludere il processo esecutivo.

Senza volerci avventurare nell'individuazione di un'ulteriore funzione del patto commissorio, nondimeno riteniamo di dover fare rilevare che il divieto della produzione dell'effetto reale nei termini descritti, con ogni probabilità, trova la sua ragion d'essere, in primo luogo, nel fatto che il creditore è già sufficientemente tutelato dall'esistenza della garanzia ed, in secondo luogo, nella circostanza che l'ordinamento ha inteso ribadire che, in via di principio, ad esso spetta il monopolio della realizzazione coattiva dei diritti, la quale, pertanto, deve aver luogo all'interno del processo esecutivo.

I rilievi che precedono consentono di chiarire che, nel sistema delineato dal nostro codice, non è agevole ipotizzare che i privati ricorrano al trasferimento a scopo di garanzia (ma a questo punto sarebbe più corretto far riferimento all'espressione trasferimento anche a scopo di garanzia), in alternativa e per eludere la costituzione di una garanzia ipotecaria, pignoratizia o anticretica, a cui accede eventualmente il patto commissorio. Diciamo questo, perché riteniamo, che da un'attenta analisi della problematica, emerga inequivocabilmente che il trasferimento a scopo di garanzia e il contratto di credito assistito da garanzia, a cui eventualmente acceda il patto commissorio, rispondono a dinamiche di interessi non omogenee.

Naturalmente ciò non postula che anche in questo caso non possano registrarsi ipotesi di simulazione, ma ciò accadrà solo nei casi del tutto marginali in cui i due soggetti sono concordi nello stipulare un contratto di credito assistito da garanzia reale o anticretica a cui accede un patto commissorio (effetto traslativo sospensivamente condizionato al mancato adempimento) e, tuttavia, dissimulano tale assetto di interessi, stipulando una vendita con patto di riscatto.

Va da sé che in questo caso occorre dare una circostanziata prova del reale intento delle parti, anche se tenuto conto che si verte in una ipotesi di simulazione fraudolenta o di negozio in frode alla legge, anche le parti potranno avvalersi di tutti i mezzi di prova.

7. – *Vendita con patto di riscatto e causa di garanzia*

Dai rilievi che precedono emerge, dunque, con sicura evidenza, che, nel nostro sistema, il divieto del patto commissorio ha una conformazione strutturale ben definita, che impedisce all'interprete di individuare nello stesso un principio generale, dal quale desumere l'assoluta e generale inammissibilità dei trasferimenti con scopo di garanzia.

Tali trasferimenti, infatti, devono essere reputati legittimi, quando essi realizzano, in primo luogo, la causa tipica del contratto posto in essere, sicché lo scopo di garanzia degrada a mero motivo od intento secondario del contratto stesso. Il rilievo non è idoneo, a nostro avviso, a fondare il richiamo al negozio indiretto o ad altre figure similari, caratterizzate dalla sovrapposizione all'elemento causale di un motivo comune e rilevante, dal momento che da un tale richiamo non discende alcuna conseguenza rilevante sul piano giuridico.

Più proficuo sarebbe prospettarsi il dubbio in ordine all'utilità di richiamare il fenomeno del negozio misto, ma la prevalenza dell'elemento causale tipico nelle ipotesi considerate non può determinare un'alterazione della disciplina da applicare al tipo posto in essere dalle parti.

Si consideri, inoltre, che l'elemento, che dovrebbe dare luogo alla commistione, trova un esplicito punto di emersione nella clausola che contempla il riscatto.

D'altra parte, il fenomeno della sovrapposizione dell'elemento causale a motivi più o meno rilevanti e più o meno condivisi dalle parti, è tipico del commercio giuridico, dacché le ragioni, che spingono un soggetto ad adottare un determinato schema negoziale, non si identifica quasi mai esclusivamente con il perseguimento del suo effetto tipico. Non per questo, però, l'ordinamento ha assegnato rilievo a tali motivi, se non in situazioni del tutto peculiari o, quando gli stessi, come nel nostro caso, assumono, una particolare rilevanza all'interno del contenuto del contratto.

Ma ciò non basta: le osservazioni fin qui svolte consentono di superare alla radice il problema dell'idoneità della causa di garanzia a giustificare il trasferimento del diritto di proprietà.

La soluzione di tale problema non può che essere negativa, dal momento che la garanzia nella sua configurazione classica è destinata a creare effetti instabili, subendo la stessa le incerte vicende del rapporto obbligatorio, laddove i negozi, a cui è deputata la funzione di determinare il trasferimento della proprietà, giusti i rilievi che andremo a svolgere, almeno tendenzialmente, devono produrre effetti stabili e, dunque, definitivi.

In tale contesto, risulta opportuno procedere ad una ulteriore precisazione: si è visto che l'art. 1500 c.c. al comma 2° prescrive che il patto di restituire un prezzo di riscatto superiore a quello stipulato per la vendita, è nullo per l'eccedenza.

Abbiamo anche precisato che tale prescrizione assume la finalità di apprestare una tutela più forte per l'alienante, che normalmente è colui che necessita di acquisire liquidità.

Dobbiamo adesso aggiungere che la funzione di tale norma non si esaurisce in quella appena individuata, essendo la stessa più ricca, dal momento che essa assume la finalità di meglio conformare la vendita con patto di riscatto al ruolo che essa è chiamata ad assolvere nel nostro sistema. In questa ottica il divieto in esame risulta all'evidenza finalizzato a non trasformare la vendita in un contratto di credito o, se si vuole, a non introdurre una commistione tra funzione di scambio e la funzione di credito.

È intuitivo che, in assenza della richiamata prescrizione normativa, la differenza tra il prezzo della vendita e quella del riscatto, in concreto avrebbe finito per rappresentare il corrispettivo (interessi) per l'attribuzione al terzo dell'uso - per tempo limitato - di una somma di denaro (prezzo della vendita).

La causa della vendita sarebbe così risultata del tutto snaturata e tale tipo negoziale avrebbe accentuato vieppiù la sua funzione di negozio, che riesce a realizzare ad un tempo una funzione creditizia e una funzione di garanzia.

Non deve essere, peraltro, trascurato che l'attribuzione patrimoniale, a cui abbiamo fatto riferimento, non resta priva di giustificazione causale nella vendita con patto di riscatto, poiché il compratore, fino all'esercizio di tale facoltà, conserva nella disponibilità del bene oggetto del contratto, senza nulla dovere al venditore riscattante.

Orbene, la causa della vendita con patto di riscatto, che dei trasferimenti a scopo di garanzia costituisce l'archetipo, rimane, dunque, lo scambio di prezzo contro cosa, laddove gli altri intenti dei contraenti, rimangono confinati, come si è visto, nella sfera dei motivi comuni e condivisi, tanto è vero che ad essi viene data veste formale, attraverso la concessione al venditore della facoltà di riscatto.

In tale contesto, la così detta causa di garanzia degrada a mero motivo del negozio, il cui punto di emersione è costituito dalla condizione, con la quale la restituzione del prezzo al venditore viene contemplata quale presupposto di fatto a cui è ricollegata la retrocessione della proprietà del bene.

La ricostruzione avanzata rende, poi, del tutto superfluo ogni tentativo di ricondurre i trasferimenti a scopo di garanzia all'interno del fenomeno della fiducia.

A parte i dubbi che in via generale solleva tale figura, tradizionalmente il richiamo alla fiducia dovrebbe essere funzionale a dare fondamento alla facoltà del venditore di ottenere la restituzione del bene, una volta che questi ha proceduto a restituire la somma ricevuta dal compratore.

Senonché è evidente che nella vendita con patto di riscatto tale facoltà trova il suo fondamento in una specifica clausola: da qui l'inutilità di richiamare la ben nota – ma forse oramai vietata – figura della *fiducia cum amico*.

Resta da superare un ultimo dei dubbi che il Pugliatti aveva puntualmente sollevato, per dimostrare la non ammissibilità del trasferimento in funzione di garanzia.

Creando tale trasferimento un effetto instabile, in quanto, come si è visto, collegato alle vicende dell'obbligazione, esso darebbe luogo ad una sorta di proprietà minorata, che contrasterebbe con il principio della tipicità dei diritti reali.

I trasferimenti a scopo di garanzia, invece, danno luogo per definizione a proprietà temporanee, dal momento che l'eventualità dell'esercizio della facoltà del venditore di riacquistare la proprietà del bene, fa venir meno la caratteristica della perpetuità, che si riteneva tipica di tale diritto.

Senonché è ben noto che la più recente dottrina ha superato tale concezione, ritenendo pienamente ammissibile la proprietà temporanea.

Al di là delle vedute degli operatori giuridici, resta, comunque, il fatto che è la stessa legge che, nel disciplinare la vendita con patto di riscatto, ha conferito rilevanza normativa all'eventualità che la titolarità del diritto di proprietà venga persa dall'acquirente ad esito dell'esercizio del riscatto.

8. – Conclusioni

Prima di concludere appare opportuno esaminare alcune fattispecie, che ricorrono con frequenza nella pratica e che la dottrina ha sottoposto ad attento vaglio.

Si può verificare, in primo luogo, che nel corso del rapporto obbligatorio, venga conclusa una vendita con patto di riscatto, in virtù della quale il debitore trasferisce al creditore un bene e che a tale trasferimento le parti attribuiscono l'effetto di estinguere l'originaria obbligazione. Non vi è dubbio che, in tal caso, ogni riferimento al patto commissorio è destituito di qualsivoglia fondamento.

L'operazione economica posta in essere consta, infatti, di un trasferimento, che, nella misura in cui produce l'estinzione dell'originaria obbligazione, è suscettibile di essere ricondotta nella figura della dazione in pagamento, alla quale accede una facoltà di riscatto attribuita al debitore alienante.

Naturalmente, come abbiamo già chiarito, la regolarità formale dell'operazione non postula anche la sua regolarità sostanziale, per cui la fattispecie potrà essere sempre controllata dai giudici, secondo le indicazioni, che abbiamo tentato di individuare precedentemente.

Si fa ancora l'ipotesi – a dire il vero del tutto fantasiosa – di una vendita con patto di riscatto, stipulata nel corso del rapporto obbligatorio, solo che questa volta il trasferimento del bene non determinerebbe l'estinzione del predetto rapporto.

Il debitore così rimarrebbe tale, in ragione dell'originario rapporto, laddove il creditore acquisterebbe la proprietà del bene alienato, ma non sarebbe tenuto a corrispondere il prezzo, in ragione della conclusione del nuovo contratto di vendita.

Ma se non andiamo errati, in tal caso, è fuor di luogo richiamare il patto commissorio, dal momento che è più ragionevole qualificare tale fattispecie per quello che è: vale a dire una fattispecie simulata o, se si vuole, un negozio produttivo di effetti traslativi, in assenza di una giustificazione causale.

OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA