



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015

FASCICOLO 1

(ESTRATTO)

FULVIO GIGLIOTTI

**Sull'ammissibilità della *cessio in
securitatem* (tra preclusioni tradizionali,
nuove suggestioni normative
e prospettive *de iure condendo*)**

FULVIO GIGLIOTTI*

**Sull'ammissibilità della *cessio in securitatem*
(tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e
prospettive *de iure condendo*)**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cessione del credito a scopo di garanzia e figure affini. – 3. *Cessio in securitatem* e legislazione speciale (anche di derivazione comunitaria). – 4. Considerazioni sistematiche. – 5. Cessione del credito a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio: la soluzione corrente. – 6. *Segue*: riflessioni critiche. – 7. Impostazione del problema. – 8. Fondamento razionale del divieto del patto commissorio e rilevi desumibili dal tipo di sanzione comminata. – 9. Irrazionalità sistematica delle tradizionali giustificazioni addotte a fondamento del divieto. *Ratio* del divieto. – 10. Conseguenze della ricostruzione proposta e sua incidenza sul problema dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia. – 11. Rilevi comparatistici e prospettive *de iure condendo*.

1. *Premessa*

L'istituto della cessione del credito a scopo di garanzia (o *cessio in securitatem*)¹ è ampiamente connesso alla tematica, di

* Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ Sul tema, oltre al lavoro di G. BAVETTA, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; e alla rassegna di N. PARRINO, *Cessione del credito in garanzia*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. XIX. Garanzie*, Torino 2004, 252 ss., v. U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova 2007.

carattere più generale, delle alienazioni in funzione di garanzia², a sua volta strettamente collegata all'ambito di applicazione del divieto del patto commissorio (di cui agli artt. 2744 e 1963 c.c.)³.

Cessione del credito a scopo di garanzia e trasferimenti commissori costituiscono, nell'impostazione tradizionale del tema, istituti intimamente collegati, a tal punto che la precisa configurazione dei secondi rivela una significativa capacità di incidenza sulla stessa ammissibilità della *cessio in securitatem*.

In questa logica, la considerazione del divieto di patto commissorio – e, a dir meglio, del modo in cui esso è usualmente inteso nell'elaborazione dottrinale e nell'esperienza giurisprudenziale (l'una e l'altra, come si dirà, da verificare attentamente) – potrà servire ad accertare:

- se (e, eventualmente, in che modo) esso possa ostacolare la pratica della *cessio in securitatem*⁴;

- ovvero, e piuttosto, se in esso debbano effettivamente rinvenirsi, come usualmente si ritiene, limiti ad operazioni

² Per una trattazione analitica del tema v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996. In estrema sintesi, e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. QUARTICELLI, *Alienazione in garanzia*, in S. PATTI-P. SIRENA (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Milano 2008, 312 ss.

³ In proposito, ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999. Per una informazione più recente v. F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (dir.), *Diritto civile. IV. Attuazione e tutela dei diritti*, Milano 2009, 203 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

⁴ V., in proposito, M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli 1962, 672; C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, 157.

economiche di alienazione in garanzia diverse da quelle che coinvolgono la circolazione del credito⁵;

- oppure, ed infine, se – tutto al contrario – il tema (più generale) del trasferimento di titolarità di situazioni giuridiche in funzione di garanzia possa (se non, addirittura, debba) essere sganciato dal pur usuale collegamento con il divieto codificato dall'art. 2744 c.c., e ne sia invece da considerare (o da ricercare) la compatibilità con il sistema in funzione di altri, e differenti, dati di diritto positivo⁶.

Prima di procedere nella direzione indicata, peraltro, appare necessario, intanto, individuare esattamente i contorni della figura da sottoporre ad esame (cioè, della c.d. cessione del credito a scopo di garanzia), anche in ragione dell'opportunità di distinguerla da altre fattispecie che, pur se estremamente vicine, presentano, tuttavia, tratti differenziali sicuramente caratteristici.

Secondo una comune rappresentazione, quale soprattutto diffusa nell'esperienza giurisprudenziale, la c.d. *cessio in securitatem* (o cessione del credito a scopo di garanzia) ricorre quando il debitore trasferisce un credito (presente o futuro) che egli ha verso terzi al proprio creditore, con la funzione di garantire l'adempimento del debito originario, sì che il cessionario, finché persiste l'obbligazione originaria (cioè, quella garantita), potrà esigere (e potrà esigerlo come proprio, essendoglisi intanto trasferito) il credito cedutogli, e trattenere quanto serve alla soddisfazione delle sue ragioni, restituendo al debitore l'eventuale eccedenza (o, addirittura, in caso

⁵ Per l'illustrazione di un siffatto indirizzo v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 189 ss..

⁶ Si tratta della soluzione che avevamo a suo tempo percorso, in termini generali, in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., *passim*.

di avvenuto adempimento del debito originario, l'intero credito cedutogli)⁷.

⁷ Cfr., tra le più recenti pronunce in tal senso, Cass., 3 luglio 2009, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2009: «la cessione del credito, quale negozio a causa variabile, può essere stipulata anche a fine di garanzia e senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia *pro solvendo* e non già *pro soluto*, con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d'insolvenza del debitore ceduto». Sarà, naturalmente, una questione di ricostruzione dell'esatta volontà delle parti accertare se nel singolo caso concreto non siano state perseguite, invece, finalità differenti (cfr. Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2109: «la cessione del credito è un negozio a causa variabile, che può essere stipulata anche a fine di garanzia senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia "*pro solvendo*" e non già "*pro soluto*", con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d'insolvenza del debitore ceduto. Diversamente, qualora la cessione abbia ad oggetto crediti futuri, l'effetto traslativo si produce solamente quando il credito viene ad esistenza, mentre tale effetto non si produce affatto nell'ipotesi in cui sia desumibile dal contratto la volontà del cedente di non privarsi della titolarità del credito e di realizzare solamente effetti minori, quali l'attribuzione al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito»; nello stesso senso Cass., 16 aprile 1999, n. 3797, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 868: «la cessione del credito a scopo di garanzia comporta il medesimo effetto (tipico della cessione ordinaria) immediatamente traslativo del diritto al cessionario, e ciò tanto nella ipotesi di *cessio pro solvendo* che di *cessio pro soluto*. L'esclusione di tale effetto può legittimamente predicarsi nel solo caso in cui, dalle clausole del negozio di cessione a scopo di garanzia, sia desumibile una inequivoca volontà negoziale delle parti nel senso che il creditore cedente, non volendo privarsi della titolarità del credito, abbia inteso soltanto realizzare degli effetti minori, quale la mera legittimazione del cessionario alla riscossione del credito»; e App. Milano, 29 gennaio 1998, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, II, 51 ss.).

Peraltro, conformemente alla funzione di garanzia della cessione, la riscossione del credito ceduto (che abbia scadenza posteriore⁸ a quella del rapporto principale) non è esattamente libera, ma è subordinata alla infruttuosa scadenza del credito garantito, nel senso che il creditore cessionario (cioè il soggetto garantito) può avvalersi della garanzia (*i.e.*: riscuotere il credito cedutogli) solo a fronte dell'inadempimento del debito garantito⁹; parallelamente, e per contro, se il debito originario è stato adempiuto, la funzione di garanzia viene meno, ed il trasferimento del credito ceduto non ha più ragione di esistere, per cui il credito ceduto ritorna automaticamente al cedente, secondo un meccanismo tipico delle alienazioni condizionali: in questa prospettiva – che è quella costantemente seguita dalla giurisprudenza – la cessione del credito a scopo di garanzia viene configurata come un negozio risolutivamente condizionato al fatto dell'adempimento¹⁰.

Questa essendo la funzione del negozio, s'intende agevolmente che il cedente non è affatto liberato, attraverso la cessione, dal proprio debito, rimanendo, piuttosto, anzitutto *obbligato ad adempiere* in via principale.

⁸ Per l'ipotesi di scadenza anteriore v., ampiamente, U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 143 ss. e 158 ss.

⁹ Per tutti v. T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano 1968, 8 ss.. In proposito v. anche F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, cit., 216.

¹⁰ Cfr. Cass., 9 settembre 2004, n. 18176, in *Giur. it.*, 2005, 1144; App. Milano, 6 luglio 2004, in *Dejure.Giuffre.it*; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in *Giust. civ.* Mass. 2001, 668; nonchè in *Contratti*, 2002, 348 (con nota di Capilli); e in *Foro it.*, 2002, I, 1758.

In senso critico verso la configurazione della *cessio in securitatem* come trasferimento risolutivamente condizionato v., peraltro, U. STEFINI, *La cessione*, cit., 104 ss.

Peraltro, se quella appena descritta è la strutturazione tipica della c.d. *cessio in securitatem*, va anche detto che è piuttosto frequente, specialmente nella prassi bancaria, che l'operazione si presenti in modo differente, nel senso che la cessione viene concordemente intesa dalle parti come strumento fisiologico di estinzione dell'obbligazione originaria, combinandosi con l'attribuzione di un incarico di riscossione (alla banca) del credito ceduto: sì che il cessionario non attende neanche la scadenza (infruttuosa) del debito originario, ma, soltanto, la scadenza del credito ceduto, provvedendo ad incassarlo e ad imputare la somma incassata a saldo della esposizione debitoria del cliente, restituendo l'eventuale eccedenza.

È ragionevole dubitare, peraltro, che un'operazione così strutturata possa essere appropriatamente ed interamente ricondotta ad una cessione con funzione di garanzia, evidenziando, piuttosto, prevalenti finalità solutorie¹¹.

Va anche detto, d'altronde, che la precisa qualificazione causale della fattispecie non può prescindere dalla specifica considerazione del contenuto del singolo accordo contrattuale, spesso non univoco nella prassi, e comunque, secondo una opinione unanimemente condivisa, non vincolato dal *nomen iuris* impiegato dalle parti.

¹¹ In proposito v. Cass., 13 aprile 2000, n. 4754, in *Fall.*, 2001, 307, secondo la quale «l'attribuzione di un mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti, nei confronti di un terzo, con il conferimento della facoltà di utilizzare le somme incassate, per l'estinzione totale o parziale di un debito verso il mandatario, benché non ancora sorto, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, producendo effetti sostanzialmente analoghi alla cessione di crediti, ha oltre ad uno scopo di garanzia, *soprattutto funzione solutoria*, risolvendosi nella precostituzione di un sicuro mezzo di pagamento per il mandatario, in ordine ai finanziamenti da effettuare a favore del mandante» (corsivo nostro).

2. Cessione del credito a scopo di garanzia e figure affini

Al di là di particolari strutturazioni dell'accordo, dovute alla (possibile) esplicazione dell'autonomia privata, l'analisi dei modelli contrattuali correnti, peraltro, permette di individuare alcune figure di più frequente utilizzo, che è necessario differenziare dalla cessione in garanzia.

Una prima ipotesi rispetto alla quale ormai da tempo la giurisprudenza ha elaborato con fermezza sicuri criteri differenziali è quella nota alla pratica come *mandato irrevocabile all'incasso*.

Ricorre questa fattispecie¹², la quale, riguardata sotto un profilo pratico, potrebbe sembrare anche assai vicina alla *cessio in securitatem*, quando il creditore (di solito: una banca) abbia ricevuto incarico dal proprio debitore (mandante) di riscuoterne i crediti che egli vanta verso terzi, agendo, come si usa dire, *in rem propriam*, nel senso, cioè, che il creditore-mandatario – il quale ha normalmente presso di sé, gestendolo, il conto del debitore-mandante – utilizzerà le somme incassate per soddisfare le proprie ragioni: la sicura vicinanza del risultato empirico non elimina, peraltro, le differenze tecniche, dal momento che, in tal caso, l'effetto dell'accordo è puramente obbligatorio, e non reale-traslativo.

Il credito utilizzato a fine di “garanzia”, in altri termini, rimane in capo al debitore-mandante, il quale può disporne (transigendo, novando, rimettendo e persino cedendo il credito, o, comunque,

¹² Sulla quale v., ad es., F. GIOVAGNOLI, *Il mandato all'incasso e la cessione del credito: osservazioni a Cassazione civile, Sez. III, 26 marzo 2003, n. 19054*, in *Magistra - Banca e Finanza*, www.magistra.it, 9 maggio 2005; nonce U. STEFINI, *La cessione*, cit., 210 ss.

riscuotendolo), salva, s'intende, la valutazione di eventuali profili di responsabilità verso il mandatario; e salvo che – come opportunamente rilevato in giurisprudenza – il mandatario abbia già riscosso il credito, perché in tal caso quest'ultimo risulterebbe ormai estinto¹³.

Perciò, mentre nella cessione in garanzia il creditore cessionario fa valere un diritto *proprio*, nel mandato all'incasso egli agisce per conto (e, se ha procura, nel nome) del mandante, facendo valere un diritto di questi¹⁴.

¹³ Cass., 12 dicembre 2003, n. 19054, in www.dejure.giuffre.it.

¹⁴ Come rilevato, da ultimo, da TAR Lombardia (Milano), 1 luglio 2010, in www.dejure.giuffre.it, «secondo il costante orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, la cessione di credito ed il mandato irrevocabile all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie o di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato *in rem propriam* conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva, con la conseguenza che il creditore può validamente cedere il proprio credito anche dopo aver conferito ad altro soggetto un mandato irrevocabile all'incasso del suddetto credito, sempre che, prima della cessione, il mandatario *in rem propriam* non abbia già incassato le somme relative, atteso che tale fatto, determinando l'estinzione del credito, ne renderebbe impossibile la cessione». Nella medesima direzione v. anche, di recente, Trib. Novara, 27 maggio 2010, in www.dejure.giuffre.it: «la cessione di credito ed il mandato all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie e di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato "*in rem propriam*" conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva. Pertanto il mandato all'incasso può essere

Una diversa forma di utilizzo del credito in funzione di garanzia si riscontra nella fattispecie, tipizzata dal legislatore, del c.d. *pegno di crediti*¹⁵. In tal caso, esattamente come nell'ipotesi di mandato all'incasso, e differentemente dalla fattispecie della cessione in garanzia, al creditore garantito non viene trasferita la titolarità della situazione giuridica, che rimane in capo al debitore-garante; al creditore garantito, tuttavia, a differenza che nell'ipotesi del mandato irrevocabile, non è attribuita una semplice legittimazione a ricevere il pagamento, ma un autonomo diritto (di pegno), che gli assicura il vantaggio della prelazione e lo *ius sequelae*.

A differenza del mandato all'incasso, quindi, ove la garanzia si realizza in forma empirica e di fatto¹⁶, in tal caso la garanzia opera

accompagnato da un accordo di compensazione in favore del mandatario, sicché non è in tale profilo (possibilità di far confluire le somme direttamente presso il conto corrente della mandataria) che va ravvisato il tratto distintivo tra le due figure». Nella giurisprudenza di legittimità v., ad es., Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Dir. e giur.*, 1996, 177; e, più di recente, Cass., 12 dicembre 2003, n. 19054, in *Riv. notariato*, 2004, 1232.

¹⁵ Su cui v., per tutti, F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli 1984; e U. STEFINI, *La cessione*, cit., 199 ss..

¹⁶ In proposito v., da ultima, Cass., 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Foro pad.*, 2010, 1 ss.: «la funzione di garanzia può caratterizzare sia la cessione di credito - negozio traslativo a causa variabile, nel quale il credito viene ceduto e, quindi, riscosso nel proprio nome e nel proprio interesse dal cessionario, divenutone il titolare in forza dell'effetto traslativo tipico della cessione, dispiegandosi la funzione di garanzia fino al momento in cui il credito del cessionario trovi piena soddisfazione mediante la sua riscossione - sia il mandato irrevocabile all'incasso, ove il pagamento viene ricevuto a nome del mandante, ma nell'interesse del mandatario, ed esplicandosi perciò in tal caso la *funzione di garanzia in via di fatto*, atteso che il mandatario, seppur eserciti al momento della riscossione del credito la legittimazione del mandante, viene a disporre delle somme incassate in vista di una finalità solutoria, nel suo precipuo interesse» (corsivo nostro).

appunto sul piano tecnico-giuridico, con tutte le conseguenze che da ciò derivano.

Infine, una terza figura dalla quale occorre tenere distinta la *cessio in securitatem* è quella – contemplata dal legislatore nell’art. 1198 c.c. – della c.d. cessione solutoria, o cessione del credito in luogo dell’adempimento¹⁷.

In quest’ultimo caso, esattamente come nella cessione in garanzia – ma a differenza delle altre figure sin qui esaminate – si realizza il trasferimento della situazione giuridica creditoria.

Nonostante la funzione solutoria, peraltro, secondo la previsione normativa il debito originario permane intatto, e non si estingue, ad esso affiancandosi un nuovo credito (quello ceduto); la differenza con la cessione in garanzia dovrà cogliersi, nondimeno, sul piano funzionale: mentre nella *cessio in securitatem* il trasferimento *garantisce* l’adempimento del debito originario, alla cui esecuzione il debitore cedente rimane perciò primariamente tenuto, nella cessione solutoria il trasferimento *sostituisce* l’adempimento, sì che il creditore cessionario non può, intanto, pretendere l’esecuzione del rapporto principale.

Conseguentemente, come precisato dalla Suprema Corte¹⁸, il credito originario entra in una fase di quiescenza, e non è esigibile né prima né dopo che diventa esigibile il credito ceduto: infatti, l’art. 1198 c.c., richiamando il cpv. art. 1267 c.c., lascia intendere, secondo una unanime interpretazione, che il creditore cessionario ha, in tal caso, l’onere della preventiva escussione del debitore ceduto.

¹⁷ Su cui v. E. FAZZINI, *La cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento*, in *Riv. notariato*, 2006, 2, 526 ss.; U. STEFINI, *La cessione*, cit., 70 ss..

¹⁸ Cass., 15 febbraio 2007, n. 3469, in www.dejure.giuffre.it.

3. Cessio in securitatem e legislazione speciale (anche di derivazione comunitaria)

Così delineata la fattispecie della cessione (del credito) in garanzia, occorre, a questo punto, interrogarsi in ordine all'effettiva ammissibilità di tale fattispecie.

La questione si pone, a ben considerare, per via del fatto che mentre nelle altre ipotesi considerate (mandato all'incasso; pegno di crediti, cessione solutoria) è lo stesso legislatore a descrivere e disciplinare, in termini generali, le singole fattispecie (le quali sono dunque tipizzate), la cessione *in securitatem* non è espressamente regolata: occorre chiedersi, pertanto, se ed in che limiti la stessa sia da ammettere in una prospettiva sistematica.

Per la verità, che la figura della *cessio in securitatem* sia del tutto priva di una positiva considerazione legislativa potrebbe anche esser messo in discussione: esistono, infatti, alcune previsioni normative di legislazione speciale¹⁹ che espressamente fanno riferimento ad ipotesi di cessione del credito in funzione di garanzia.

Il valore effettivo di tali riferimenti normativi è stato, peraltro, fondatamente discusso, sia perché non sempre realmente rispondente allo schema ipotizzato della *cessio in securitatem*; sia perché, in definitiva, potrebbe comunque dubitarsi della loro idoneità a fondare una figura di portata generale²⁰.

Ciò è quanto deve dirsi, in particolare, anche avuto riguardo a quella disposizione oggi considerata più significativa, e da taluno persino indicata come senz'altro rivelatrice di una generale

¹⁹ Per una ricognizione delle quali v., ad es., F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., 193 s..

²⁰ In proposito v., ancora, F. ANELLI, *op. cit.*, 194 s.

ammissibilità della *cessio in securitatem*: il riferimento è, in particolare, all'art. 6 del D. Lgs. n. 170/04, dettato in tema di contratti di garanzia finanziaria²¹, il quale espressamente consente e regola, in quell'ambito, fattispecie di “cessione del credito o trasferimento della proprietà con funzione di garanzia”. Si tratta, infatti, come agevolmente si desume dal richiamo all'art. 2744 c.c., espressamente dichiarato inapplicabile ai contratti di garanzia finanziaria, di norma eccezionale – la quale sembrerebbe muovere, peraltro, dal generale presupposto di una tendenziale inammissibilità delle figure regolate – sebbene sia pure da riconoscere che l'ambito di applicazione dei contratti di garanzia finanziaria, quale risultante dalla definizione datane dall'art. 1, lett. d) del citato d. Lgs., sia talmente ampio da poter ricomprendere gran parte delle operazioni di cessione *in securitatem* oggi conosciute dalla prassi bancaria.

Qui, tuttavia, interessa riflettere sulla portata generale del fenomeno, per interrogarsi in ordine allo spazio che ad esso può essere assegnato, in termini assoluti, nel sistema, fermo restando che nei limiti (seppur abbastanza ampi) nei quali esso trova esplicito riconoscimento positivo non può più dubitarsi della sua sicura ammissibilità.

Va anche detto, del resto, che la verifica sistematica del tema d'indagine potrebbe anche evidenziare una sua già acquisita ammissibilità, riducendo, per questo verso, il preteso valore

²¹ Il D. Lgs. n. 170/04 è stato dettato in attuazione della Dir. 2002/47/CE, in tema di “contratti di garanzia finanziaria”, su cui v. A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano 2008; V. AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino 2009. Il testo dell'art. 6 non è stato modificato dal D. Lgs. 24 marzo 2011, n. 48, che ha recepito le modifiche apportate al testo comunitario dalla Dir. 2009/44/CE, su cui v. V. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria. Commento alle modifiche introdotte dal D. Lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 443 ss.

sintomatico ricavabile dalla novità normativa: ed è allora il caso di notare, già a questo punto, che – forse non proprio casualmente – il comma 2 dell’art. 6 del cit. D. Lgs. n. 170/04 (il quale contiene la “rivoluzionaria” deroga all’art. 2744 c.c.) fa esclusivo riferimento ai «contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della *proprietà*» (non anche la cessione del credito) «con funzione di garanzia», laddove nella rimanente parte dell’articolo, oltre che dell’intero provvedimento legislativo, il legislatore delegato ha sempre avuto cura di precisare il separato riferimento al trasferimento della proprietà, o alla cessione del credito, con funzione di garanzia.

4. *Considerazioni sistematiche*

Si rende a questo punto indispensabile procedere ad una verifica di sistema della possibilità di configurare, in termini generali, una cessione del credito a scopo di garanzia, specialmente avuto riguardo al divieto codificato del patto commissorio, che, almeno *prima facie* (vedremo poi quanto ciò sia vero), sembrerebbe rivelare intime connessioni con il tema d’indagine.

In proposito, una prima considerazione sistematica potrebbe essere tratta dalla stessa configurazione strutturale del negozio (cessione di crediti) attraverso il quale si realizza la *cessio in securitatem*.

Invero, muovendo dalla configurazione più generale della cessione del credito, di cui agli artt. 1260 ss. c.c., in termini di negozio astratto, cioè di un negozio traslativo svincolato dalla giustificazione causale, si potrebbe persino ritenere sempre e senz’altro valida una cessione a scopo di garanzia, poiché nella prospettiva richiamata

risulterebbe la stessa cessione del credito, in sé considerata, sempre ammissibile²².

Peraltro, l'idea della cessione del credito come negozio astratto, in un sistema come il nostro che fa della causa elemento essenziale di qualsiasi negozio giuridico, non sembra meritevole di accoglimento, e non vale, pertanto, a risolvere la questione dell'ammissibilità di una cessione del credito con finalità di garanzia²³.

Abbandonata l'ipotesi del negozio astratto, rimangono percorribili altre soluzioni la cui specifica scelta non appare peraltro decisiva ai fini della questione che qui interessa: infatti, sia che si ritenga che la cessione del credito configuri un *autonomo negozio* dotato di una causa generica costante (l'interesse al trasferimento del credito), ed una causa specifica variabile; sia che si ritenga, invece, di dovere discorrere più che di *una* cessione del credito di *cessioni* del credito²⁴, o che si intenda la cessione del credito come l'oggetto, e non la causa del negozio traslativo²⁵, la cui specifica giustificazione

²² Sulla ricostruzione della cessione del credito in termini di negozio astratto – caratteristica dell'elaborazione dottrinale tedesca – v., per tutti, in termini critici, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano 1990, 587.

²³ La soluzione che ravvisa nella cessione del credito un negozio astratto è solitamente respinta dalla dottrina italiana. Per una soluzione favorevole v., peraltro, S. SOTGIA, *Cessione dei crediti e di altri diritti*, in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938, 71; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7^a, II, 2, Milano 1952, 188 ss..

²⁴ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 779.

²⁵ Per una rassegna delle diverse soluzioni prospettate al riguardo v. F. CAPPUCCIO, *La cessione del credito*, in P. FAVA (a cura di), *Le obbligazioni. II. Cause estintive, modificazioni soggettive, principali tipologie*, Milano, 2008, 1011 ss..

causale deve essere dunque ricercata nel titolo del trasferimento²⁶, rimane aperto il problema di fondo: quello, cioè, di stabilire se una *finalità di garanzia* costituisca, o meno, valido supporto causale al trasferimento del credito.

In proposito, occorre certamente riconoscere che il codice civile vigente ha assegnato alla cessione del credito uno spazio ben più ampio di quello riconosciutogli nel vigore del codice abrogato, il quale – sulla scorta del modello francese – regolava la cessione nella disciplina del contratto di vendita (artt. 1538 ss.).

Giustamente, pertanto (almeno sotto questo profilo), il *Guardasigilli*, nella *Relazione al cod. civ.*, n. 578, poteva osservare: «il codice del 1865 non tenne sufficientemente conto della genericità della causa traslativa, propria della cessione dei crediti, la quale infatti non è riportabile ad alcun tipo concreto di negozio di trasferimento. Il codice civile del 1865 tanto non ebbe esatta idea della cessione, da comprendere in essa la vendita dell'eredità, che è cessione solo se si riferisce a crediti o ad altri diritti singolarmente considerati, e da non distinguerla nettamente dalla vendita, nella cui disciplina la confuse con l'art. 1458. La vendita è in pratica la causa frequente della cessione dei crediti; ma non è la sola, perché la cessione può farsi anche a scopo di donazione [...] di pagamento, di accreditamento, ecc.».

²⁶ In tal senso una delle più elaborate sentenze rese in materia di *cessio in securitatem*: il riferimento è a Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, in *Riv. notariato*, 2001, 1209, secondo la quale «il trasferimento del credito ex art. 1260 c.c. non costituisce la causa, bensì l'oggetto del negozio di cessione, come può argomentarsi dall'art. 1376 c.c.; la causa della cessione - intesa come l'intento pratico che il negozio è diretto a realizzare - è da ravvisarsi invece nel titolo del trasferimento, che può essere costituito dalla vendita, dalla donazione o anche dalla garanzia, la quale rientra tra gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c.».

Com'è agevole rilevare, peraltro, pur nell'ampiezza dell'impostazione data dal *Guardasigilli*, la funzione di garanzia non è espressamente menzionata; ed è su questo punto, in particolare, che si è posto il problema dell'ammissibilità di una *cessio in securitatem*, specialmente avuto riguardo al limite posto dall'art. 2744 c.c., che, secondo una lettura ormai tradizionale, ancorché testualmente dettato con riferimento a beni vincolati in garanzia, vieterebbe in termini generali alienazioni in funzione di garanzia.

Nondimeno, una soluzione giurisprudenziale ormai consolidata, che muove da più risalenti pronunce, conclude senz'altro nel senso che «la cessione del credito, avendo causa variabile, può avere anche funzione esclusiva di garanzia», rinvenendo nella finalità indicata un interesse lecito e meritevole di protezione giuridica²⁷.

5. Cessione del credito a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio: la soluzione corrente

È possibile che all'originaria formazione di tale indirizzo giurisprudenziale (peraltro, ormai del tutto consolidato) abbia anche contribuito l'impostazione inizialmente data dalla giurisprudenza alla stessa questione del divieto del patto commissorio.

²⁷ Cfr., tra le pronunce più recenti, Cass., 3 luglio 2009, in www.dejure.giuffre.it, secondo la quale «la cessione del credito, quale negozio a causa variabile, può essere stipulata anche a fine di garanzia e senza che venga meno l'immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia».

Com'è noto, infatti – pur estendendo, da subito²⁸ la disposizione dell'art. 2744 c.c. ben oltre i suoi limiti formali, facendovi rientrare anche il trasferimento commissorio di cose libere – sino al 1983²⁹ la giurisprudenza di legittimità aveva sempre considerato validi i trasferimenti commissori (cioè in garanzia) *risolutivamente* condizionati, sancendo la nullità dei soli trasferimenti di proprietà sottoposti alla condizione sospensiva dell'inadempimento: conseguentemente, essendo la *cessio in securitatem* costantemente configurata alla stregua di un negozio traslativo (del credito) risolutivamente condizionato, la sua piena ammissibilità, almeno sino al 1983, doveva apparire fuori discussione.

Il nuovo corso dell'indirizzo giurisprudenziale, inteso a sanzionare anche trasferimenti commissori risolutivamente condizionati, inaugurato nel 1983 e successivamente mantenutosi fermo nel ritenere comunque vietati, oltre i limiti formali segnati dall'art. 2744 c.c. (nonché, è il caso di ricordare, dall'art. 1963 c.c., con riguardo al creditore anticretico), tutti i trasferimenti di proprietà con funzione di garanzia, tanto se risolutivamente che se sospensivamente condizionati alle vicende del rapporto obbligatorio “garantito” – ha posto in termini nuovamente problematici la questione dell'ammissibilità di un *trasferimento del credito* con funzione di garanzia, nonostante la sua struttura risolutivamente condizionata.

Specialmente in dottrina, pertanto, sono state ricercate (rinnovate) giustificazioni idonee a dar conto dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia, la cui validità, peraltro,

²⁸ Cfr. Cass., 30 novembre 1950, n. 2665, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 799.

²⁹ Anno al quale risale una storica sentenza della Suprema Corte sul patto commissorio: Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, 212 ss..

la giurisprudenza, e la prevalente (seppur non unanime) dottrina hanno comunque continuato a sostenere.

Al di là delle ragioni ricavate da svariate previsioni normative presenti nella legislazione speciale (e tra queste, da ultimo, anche dall'art. 6 D. Lgs. n. 170/04) – che tuttavia, come già precisato, non forniscono un contributo risolutivo alla questione – le ragioni in forza delle quali si è affermata una sicura ammissibilità della cessione di crediti a scopo di garanzia possono essere ricondotte, fondamentalmente, a due ordini di fattori:

a) per un verso, la circostanza che non si propongono, rispetto al credito, i problemi (soprattutto: di tipicità dei diritti reali) tradizionalmente posti da trasferimenti fiduciari della proprietà³⁰;

b) per altro verso, e soprattutto, la considerazione che un trasferimento del credito a scopo di garanzia non ricade nel divieto del patto commissorio, seppur estensivamente inteso (nella comune interpretazione che lo vuole riferito anche alle cc.dd. pattuizioni autonome).

In ordine a quest'ultimo profilo, sul quale è ora necessario concentrare la riflessione, sono state individuate, in particolare, molteplici e specifiche ragioni le quali, secondo una veduta corrente, giustificerebbero la sottrazione della fattispecie considerata (*cessio in securitatem*) alla disciplina, sia pure estensivamente intesa, dettata per il patto commissorio.

³⁰ Per tutti v. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 195 s. e 208 ss. In questa prospettiva anche U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, cit., 57 ss., il quale, peraltro, con riguardo al trasferimento fiduciario della proprietà, ritiene superabile il problema della configurabilità di un vincolo reale atipico ipotizzando la ricorrenza di una situazione analoga alla condizione risolutiva, muovendo dalla considerazione di una generale ammissibilità di proprietà risolubili.

Dovendo – anche per opportune ragioni di tempo – procedere con la necessaria sintesi, tali ragioni possono essere sostanzialmente ridotte a tre ordini di considerazioni:

- in primo luogo, come relativamente di recente ribadito dalla Suprema Corte, sulla scorta di alcune indicazioni dottrinali, e con orientamento ripreso nella giurisprudenza di merito, la ritenuta natura eccezionale dell'art. 2744 c.c., come tale non estensibile in via analogica oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e pegni (anche di crediti)³¹;

- secondariamente, l'inesistenza, nel caso considerato, del rischio di un approfittamento in danno del debitore cedente, dato l'obbligo del cessionario di restituire l'eventuale eccedenza, e, conseguentemente, la strutturazione dell'accordo nei termini, sostanzialmente, di un patto c.d. marciano, usualmente reputato valido da dottrina e giurisprudenza dominanti³²;

- in logica sequenza con quanto appena detto, infine, e si tratta dell'argomento tecnico ritenuto di maggior rilievo, il dato ricavabile dall'art. 2803 c.c., dettato in tema di pegno di crediti, il quale – consentendo ciò che l'art. 2744 c.c. vieta (cioè: l'appropriazione del bene) – evidenzia come il creditore garantito (attraverso il vincolo di un credito) possa senz'altro, trattandosi di credito di danaro, e sussistendo l'inadempienza del debito originario, «ritenere del

³¹ In tal senso, proprio con riguardo ad una fattispecie di cessione del credito a scopo di garanzia, espressamente, Cass., 1 aprile 2003, n. 4930, in www.dejure.giuffre.it, secondo la quale «non sembra [...] che la sfera di operatività dell'art. 2744 c.c. possa essere estesa oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, in quanto norma di natura eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica».

³² Cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 230 ss, e 312; U. STEFINI, *La cessione*, cit., 54 ss. Per la legittimità del c.d. patto marciano si esprime anche, ora, il *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, IX, 7:105.

denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo», esattamente come avviene nella *cessio in securitatem*, alla quale, pertanto, la predetta disciplina può certamente applicarsi, almeno in via analogica³³.

Dunque, le tre ragioni appena indicate (natura eccezionale dell'art. 2744 c.c.; inesistenza del rischio di abusivi approfittamenti; applicabilità analogica dell'art. 2803 c.c.) dovrebbero senz'altro dar conto della sicura ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia, nonostante l'esistenza di un generale divieto di alienazioni commissorie, quale ricavabile (secondo la *communis opinio*) dall'art. 2744 c.c..

6. Segue: riflessioni critiche

Nessuna delle ragioni appena indicate, probabilmente, è davvero sufficiente a dar conto di una sicura ammissibilità della *cessio in securitatem*, specialmente avuto riguardo al rapporto con la disposizione dell'art. 2744 c.c., almeno (è il caso di sottolineare) fintanto che ad essa si continui a dare (come pure, per le ragioni che a breve si diranno, non appare corretto) una portata assai estesa, quale quella risultante dalla *communis opinio*.

E ciò anche a prescindere da altre specifiche considerazioni delle quali si può fare solo un rapidissimo cenno.

³³ Per il riferimento all'art. 2803 c.c. v., soprattutto, T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, cit., 14 e 384; C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli 1968, 154. Per l'illiceità dell'accordo che consente al creditore di appropriarsi dell'esubero v. A.A. DOLMETTA-G.B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, 277, nt. 79.

a) Cominciando dal richiamo operato all'art. 2803 c.c., infatti, occorre senz'altro rilevare, intanto, come gli argomenti da esso ricavabili – a differenza di quanto creduto in dottrina – siano tutt'altro che decisivi.

Invero, la disciplina del pegno di crediti non consente al creditore garantito la *diretta appropriazione* del bene (il credito) vincolato in garanzia: infatti, l'art. 2804 c.c., senza peraltro distinguere in ragione del contenuto, pecuniario o meno, del credito vincolato in garanzia, prevede che il creditore pignoratorio possa soltanto farselo assegnare in pagamento, fino a concorrenza del suo credito, esattamente come è a dirsi per il pegno in generale.

La circostanza, poi, che l'art. 2803 – il quale impone al creditore garantito di riscuotere (alla scadenza) il credito datogli in garanzia – consenta al creditore che ha riscosso il credito di trattenere, ove si tratti di credito pecuniario, quanto gli spetta non costituisce, a ben vedere, una deroga al divieto del patto commissorio, ma, più semplicemente, l'attuazione della funzione di garanzia, resa direttamente possibile, come è stato esattamente rilevato in dottrina, dalle peculiari qualità del denaro, la cui diretta liquidità rende ultronea ogni attività di liquidazione³⁴.

D'altra parte, per quanto si evince dal comb. disp. artt. 2794 e 2807, anche nel pegno di crediti il costituente ha un diritto di restituzione, seppur condizionato al fatto dell'adempimento: la possibilità di trattenere le proprie spettanze risponde, allora, ad una logica sostanzialmente compensativa, la quale, tenuto anche conto di quanto desumibile dal cit. art. 2804 c.c. non consente di trarre

³⁴ Cfr. B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, 153 ss..

specifiche illazioni sulla ammissibilità, in termini generali, di una cessione del credito a scopo di garanzia.

b) Non maggiormente decisivo è l'argomento tratto dalla struttura della *cessio in securitatem* in termini di sostanziale assimilazione ad un patto marciano, poiché essa muove da una pregiudiziale individuazione della *ratio* del divieto codificato nell'art. 2744 c.c. nella tutela del debitore contro abusivi approfittamenti del creditore (come si dirà, tutta da verificare), senza adeguatamente considerare, poi, che la restituzione dell'eccedenza è, ovviamente, connaturale ad una funzione di garanzia.

c) L'argomento dell'asserita natura eccezionale dell'art. 2744 c.c., infine, sembrerebbe difficilmente conciliabile con la straordinaria portata estensiva che alla norma è stata assegnata, in considerazione della sua pretesa natura di norma c.d. "materiale": di norma, cioè, intesa a vietare un certo risultato economico (nella specie: l'abusivo approfittamento, da parte del creditore, in danno del debitore), piuttosto che le specifiche modalità formali attraverso le quali la sua realizzazione è stata prefigurata o immaginata dal legislatore³⁵.

7. *Impostazione del problema*

Le considerazioni da ultimo svolte rendono allora imprescindibile, a questo punto, indirizzare la riflessione sulla esatta portata, in ragione del suo fondamento, del divieto del patto commissorio.

³⁵ Per alcune considerazioni di metodo relative all'ipotizzata natura materiale della disposizione (art. 2744 c.c.; ma v. pure l'art. 1963 c.c.) che vieta il patto commissorio ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 25 s., nt. 25.

S'intende, infatti, che secondo la diversa ricostruzione che di esso si ritenga di dover dare, differenti potrebbero essere le conseguenze sotto il profilo applicativo; e ove, in particolare, dovesse risultare che il divieto sia diretto ad impedire, in termini generali, trasferimenti "commissori", esso potrebbe essere inteso alla stregua di un ostacolo insormontabile all'ammissibilità di una *cessio in securitatem*: a questa conclusione, del resto, era giunta, ormai diversi anni or sono, la più accreditata indagine monografica in tema di patto commissorio³⁶.

Nel concentrare ora la riflessione sulla *ratio* del divieto di patto commissorio occorre subito avvertire che, a causa della consistente molteplicità delle tesi elaborate in materia non è possibile, in questa sede, procedere ad una analitica rassegna delle stesse³⁷; d'altra parte, ai fini che qui interessano, ciò non appare neppure indispensabile, ove si consideri che la quasi totalità delle tesi estensive, sia pure nella varietà delle ricostruzioni di dettaglio, ruota, fondamentalmente, intorno ad una – variamente articolata – esigenza di *tutela del debitore* (o dei *creditori non partecipanti al patto*, o dell'uno e degli altri insieme), che permette di svolgere, per quanto qui è utile, un discorso unitario.

Com'è noto, infatti, una opinione estremamente diffusa, soprattutto nell'esperienza giurisprudenziale, ravvisa fondamento al divieto del patto commissorio nella necessità di evitare che attraverso l'accordo commissorio il debitore – avendo necessità di ricorrere al

³⁶ Il riferimento è a C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 157.

³⁷ Riferimenti completi (cui *adde*: A. SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli 2000; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, Torino 2000) in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 41 ss; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit, 51 ss.

credito, o di ottenere una dilazione di pagamento – risulti assoggettato ad una ingiustificata pressione approfittatrice da parte del creditore.

A questo fondamento, genericamente riassumibile nella formula della tutela del debitore, si accosta poi la considerazione, elaborata in dottrina ma seguita anche da una consistente giurisprudenza, che un trasferimento commissorio finirebbe per pregiudicare anche i creditori non partecipanti al patto, ai quali verrebbe sottratta la possibilità di rivalersi efficacemente sul patrimonio del debitore, con conseguente lesione della *par condicio* e della loro garanzia generica.

Si è così rinvenuto nella (esigenza di) tutela del debitore, o nella (esigenza di) tutela della *par condicio creditorum*, o, forse più frequentemente, in ambedue le esigenze, il fondamento razionale del divieto del patto commissorio; e su queste basi il divieto è costantemente giustificato nell'applicazione giurisprudenziale ed è usualmente spiegato nella manualistica corrente.

In questa prospettiva, si osserva, il divieto codificato nell'art. 2744 c.c., ancorché formalmente dettato in tema di garanzie reali (ma, occorrerebbe sin d'ora rilevare, singolarmente ripetuto, in questa logica, anche in materia anticretica, dall'art. 1963 c.c.), ha un ambito assai più ampio, perché deve ritenersi operante tutte le volte in cui sussistono le medesime esigenze di tutela; e poiché esse risultano egualmente presenti anche qualora la cosa negoziata non sia stata preventivamente vincolata in garanzia, il divieto, in quanto recato, appunto, da una norma materiale, ha portata generale, applicandosi anche a pattuizioni commissorie cc. dd. autonome, aventi cioè ad oggetto cose libere.

8. Fondamento razionale del divieto del patto commissorio e rilevi desumibili dal tipo di sanzione comminata

Nonostante l'assoluta compattezza di opinioni sul fondamento sistematico del divieto del patto commissorio, alla ricostruzione così proposta, seppur prevalentemente condivisa, possono essere mosse numerose, e non trascurabili, considerazioni critiche³⁸.

La prima delle quali deve muovere, ragionevolmente, dalla stessa rilevanza sistematica della sanzione con cui il divieto è colpito: sanzione da ravvisare, ovviamente, nella nullità dell'accordo.

Com'è noto, secondo un'impostazione assolutamente tradizionale, e unanimemente condivisa, la scelta legislativa di un rimedio di nullità in luogo di altri (quali, ad es., potrebbero ravvisarsi nell'annullabilità, nell'attribuzione di un diritto di recesso, etc.) denuncia l'esistenza di un interesse generale degno di protezione, il quale giustifica la radicale inidoneità dell'atto di autonomia alla produzione di effetti giuridici.

Sulla base di questo fondamentale rilievo, ci si deve allora interrogare, anzitutto, in ordine alla congruenza tra sanzione comminata e natura degli interessi usualmente individuati a fondamento del divieto del patto commissorio.

Da questo punto di vista, appare immediatamente evidente che l'esigenza di tutela del debitore, o dei creditori non partecipanti, o ambedue le esigenze, individuano interessi affatto particolari, rispetto ai quali non si giustifica, in linea di principio, la sanzione estrema della nullità, poiché quest'ultima – sistematicamente – non

³⁸ Per un più ampio svolgimento delle quali sia consentito rinviare al nostro *Patto commissorio autonomo*, cit., 49 ss., cui pure facciamo rinvio per il necessario corredo bibliografico e giurisprudenziale delle considerazioni che seguono nel testo.

ha di mira la tutela di interessi particolari, la tutela di una delle parti del rapporto essendo affidata ad altri rimedi.

È bensì vero che quest'ultima affermazione potrebbe, oggi, essere considerata tutt'altro che vera, conoscendo ormai ampiamente il sistema ipotesi di nullità "speciali", dirette a salvaguardare interessi particolari nel rapporto, per come emerge dalla categoria delle cc.dd. nullità di protezione, di cui dà testimonianza generale la previsione recata dall'art. 36 del c.d. *Codice del consumo*.

Leggere, tuttavia, l'art. 2744 c.c. alla luce della nuova sistematica della categoria delle nullità denuncierebbe palesemente un vizio di metodo, perché finirebbe per trascurare completamente il contesto storico tradizionale nel quale la norma si colloca, facendo della sanzione d'invalidità contenuta nell'art. 2744 c.c. una sorta di nullità di protezione *ante litteram*, totalmente ingiustificata, perché sconosciuta al codice civile.

A diversa conclusione, ovviamente, potrebbe pervenirsi se si potessero rintracciare *già* nel sistema del codice civile ipotesi di nullità di protezione (di nullità, cioè, dirette alla tutela di interessi particolari) analoghe a quella che si vorrebbe rinvenire nell'art. 2744 c.c.

Non è mancato, in dottrina, il tentativo di muoversi nella direzione indicata.

Si tratta, tuttavia, almeno a nostro giudizio, di tentativo non riuscito.

Nella prospettiva appena evocata – messo, per ora, da parte lo stesso art. 2744 c.c., su cui si ritornerà – sono state indicate come particolarmente significative le nullità dettate dagli artt. 1500, cpv., 1815, 2936, 2937 c.c.³⁹. Nella stessa logica, per vero, si era anche

³⁹ Cfr. soprattutto F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., *passim*.

richiamata la disciplina, ormai fuori uscita dal codice, degli artt. 1469 *bis* ss., rispetto alla quale, però – anche a prescindere dal fondamentale rilievo che essa (come ora l’art. 36 Cod. consumo) non rifletteva certamente l’impianto sistematico tradizionale del codice – ci si potrebbe anche chiedere se piuttosto che una esigenza di tutela del singolo contraente non venisse (e non viene ora) in rilievo un interesse alla regolamentazione preventiva, e perciò assunta su un piano generale, di determinati settori del mercato (come pure testimonia l’opportuna presenza di un rimedio inibitorio, ora regolato dall’art. 37 Cod. consumo).

Non maggiormente rilevanti, comunque, sono le altre ipotesi richiamate, rispetto a ciascuna delle quali, in verità, sembra assai difficile individuare il fondamento della nullità nella protezione di interessi individuali, laddove assai più lineare è la riconduzione della citata disciplina ad esigenze di protezione di interessi generali.

Così, in particolare, la nullità, *ex art.* 1815 c.c., degli interessi usurari sembra determinata più che dall’esigenza di protezione del *singolo* contraente, dalla preoccupazione (di interesse generale, e che trascende la specificità della singola negoziazione) di calmierare le condizioni del mercato del credito; neppure le ipotesi regolate dagli artt. 2936 e 2937 c.c. – che prevedono la nullità degli accordi derogatori al regime della prescrizione, o la rinuncia preventiva ai suoi effetti – possono riportarsi ad una esigenza di protezione del debitore, del quale sarebbe protetto, in questa logica, l’interesse particolare a liberarsi dal debito: vero è, piuttosto, che una sistematica deroga al regime legale, o la rinuncia preventiva agli effetti derivanti dall’istituto della prescrizione finirebbe per rendere inutile la regolamentazione legale, frustrandone completamente finalità ed essenza

Solo apparentemente suggestiva, poi, è la disciplina, pur ritenuta come particolarmente indicativa, del cpv. art. 1500 c.c., la cui asserita riconduzione ad esigenze di protezione individuale non regge ad una valutazione più approfondita.

Secondo una veduta corrente, la norma che (nella vendita con patto di riscatto, peraltro tematicamente assai vicina alle alienazioni in garanzia) vieta, a pena di nullità per l'eccedenza, il patto di restituire un prezzo superiore a quello di vendita, avrebbe l'evidente funzione di tutelare il venditore-debitore, visto nella sua sostanziale qualità di soggetto finanziato, e dunque, avrebbe di mira la tutela di un interesse particolare individuale.

In realtà, questa tradizionale giustificazione confonde quello che è un effetto pratico (cioè una conseguenza) del divieto con il suo fondamento, che trova, invece, altra assai più ragionevole giustificazione nella salvaguardia di interessi generali.

Invero, nella vendita con patto di riscatto, pur realizzandosi uno scambio (tra cosa e prezzo), la funzione dell'accordo non è certamente quella dello scambio in sé (che assume, al contrario, una valenza puramente strumentale), ma, piuttosto, quella di un finanziamento a corrispettivo, in certo senso, aleatorio⁴⁰.

⁴⁰ Per comprendere a pieno la portata di questa affermazione occorre soprattutto considerare che, in via di prima approssimazione, un contratto di compravendita sottoposto alla possibilità legale del recupero del bene dietro restituzione del corrispettivo potrebbe apparire persino assai singolare, non evidenziando alcuna convenienza pratica per l'acquirente, se non fosse per il fatto che chi vende, poiché aliena il bene con una grave limitazione (il diritto di riscatto) non potrà pretendere, in linea di principio, il giusto prezzo, perché difficilmente troverebbe un acquirente. Chi acquista, d'altro canto, più che essere interessato alla cosa in sé (che, infatti, potrà essere costretto a restituire) è interessato, di solito, alla convenienza economica dell'affare, che si risolve nel minor prezzo d'acquisto.

In questa prospettiva – che appare l'unica corretta – la vendita con patto di riscatto deve essere funzionalmente collocata non già nell'area dello scambio, bensì del finanziamento; e precisamente, di un *finanziamento verso speculazione sul valore della cosa*: chi vende non paga nulla per il finanziamento ricevuto, ma rischia di perdere il maggior valore della cosa se non la riscatta; chi acquista non ottiene un vantaggio immediato (salvo casi marginali caratterizzati dal momentaneo interesse a disporre della cosa, comunque bilanciati dalla privazione del denaro necessario all'acquisto), ma ha un'alea positiva (quella di consolidare definitivamente il vantaggioso acquisto, in caso di mancato riscatto).

Rispetto a questa strutturazione dell'istituto, ben si comprende come consentire la maggiorazione del prezzo di riacquisto avrebbe alterato il senso dell'operazione, perché in tale maniera l'acquirente finirebbe per poter speculare sulla negoziazione in ogni caso (attraverso il maggior valore della cosa in caso di mancato riscatto; e attraverso il maggior prezzo di riacquisto in caso di riscatto), venendosi così a compromettere la causa della vendita con riscatto come appena descritta.

A questa ragione (già sufficiente, per vero, a giustificare una sanzione di nullità) va poi affiancata altra fondamentale considerazione: invero, se fosse valida la clausola di maggiorazione del prezzo, chi ha acquistato la cosa difficilmente la rimetterebbe sul mercato, o, comunque, la farebbe circolare innalzandone il prezzo per ragioni estrinseche al valore reale del bene. Ne risulterebbe compromessa, dunque, la stessa regolarità della circolazione dei beni, la cui portata di interesse generale è fuori discussione.

È indiscutibile, allora, come anche la disciplina della vendita con patto di riscatto non riesca ad evidenziare sanzioni invalidanti poste a protezione di interessi individuali, confermando, all'opposto,

la naturale vocazione verso l'interesse generale delle nullità codicistiche.

9. Irrazionalità sistematica delle tradizionali giustificazioni addotte a fondamento del divieto. Ratio del divieto

Al di là della pur chiarissima incongruenza sistematica appena evidenziata, la nullità del patto commissorio fondata sulle ragioni della tutela del debitore, o dei creditori esclusi, evidenzia altre gravissime perplessità.

Intanto, quanto alla protezione del debitore occorre considerare che nel sistema egli gode di una protezione assai più limitata; così, ad es., il debitore può senz'altro:

- stipulare novazioni peggiorative;
- assumere obbligazioni alternative di valore non corrispondente, anche con scelta rimessa al creditore;
- contrarre mutui svantaggiosi sino al limite dell'usura;
- assumere obbligazioni a condizioni inique, fintanto che non concorrano gli altri presupposti necessari, unitamente alla iniquità, per la rescissione;
- obbligarsi a penali svantaggiose, sino al limite della eccessività manifesta;
- assumere in stato di bisogno (prescindendo qui dal controverso rapporto tra usura e rescissione) obbligazioni iugulatorie, purché sproporzionate *infra dimidium*.

Sembra allora singolare che risulti colpito con la sanzione estrema della nullità un accordo solo potenzialmente lesivo, quando

di fronte ad accordi che concretamente risultano tali non è previsto, almeno fino a certi limiti, alcun rimedio (comunque mai coincidente, quando concesso, con la nullità).

Ancora meno convincente, poi, si presenta l'altra tradizionale ragione posta a fondamento del divieto: cioè la tutela della *par condicio creditorum*.

Intanto perché, com'è ovvio, potrebbe, nel caso singolo, non ricorrere alcuna concreta esigenza di tutela (perché non c'è una pluralità di creditori, o perché la garanzia generica rimane comunque ampiamente sufficiente); ma soprattutto (il che è riferibile anche ad esigenze di protezione collocate sul piano meramente potenziale) perché, quand'anche la lesione della *par condicio* fosse effettiva, e non solo meramente potenziale, i creditori pregiudicati troverebbero efficace tutela in altri rimedi generali (e, precisamente, nella disciplina dell'azione revocatoria, la quale conferma, tra l'altro, che il rimedio posto a tutela di interessi particolari non è la nullità, ma di tutt'altro tipo, come del resto confermato, in una logica assai simile, dall'art. 1980, cpv., c.c., che in tema di cessione dei beni ai creditori attribuisce ai creditori estranei, in quanto pregiudicati, un rimedio pratico – l'azione esecutiva diretta – diverso dalla nullità).

Interessi particolari, dunque, non sembrano sufficienti a giustificare il divieto del patto commissorio.

D'altra parte, anche a prescindere dalle segnalate difficoltà sistematiche, la tradizionale "lettura" del divieto lascia aperti una serie di ulteriori interrogativi che, per ragioni di brevità, è possibile qui solo accennare; e cioè:

- come si coordina, sistematicamente, il divieto del patto commissorio, quale estensivamente inteso, con una serie di norme ed istituti (dalla rescissione alla vendita con patto di riscatto, alla disciplina della clausola penale) dei quali è necessario proporre, per

mantenere ferma la (pretesa) ampiezza del divieto, una innaturale lettura restrittiva?;

- la *ratio* segnalata non avrebbe forse imposto, ai fini di una corretta formulazione della norma, la codificazione del patto marciano, da riferire anche all'ambito delle garanzie reali (mentre, detto per inciso, deve senz'altro ritenersi che un patto marciano relativo a cosa oppignorata, o ipotecata, sia comunque da escludere) ?;

- quale specifica funzione ha la ripetizione del divieto con riguardo al creditore anticretico, posto che la medesima (se non più forte) esigenza di protezione del debitore e dei creditori potrebbe qui reputarsi presente?

Soprattutto, poi, resterebbe da chiedersi come mai il legislatore, nel dettare il divieto, avrebbe ancorato lo stesso al solo ambito delle garanzie reali, quando la sua pretesa *ratio* ne avrebbe imposto una formulazione più generale.

Quest'ultimo interrogativo, in particolare, schiude il problema di fondo del divieto, imponendo di indagare se non esista, invece, un intimo ed inscindibile legame tra divieto del patto commissorio e tutela di interessi propri esclusivamente della materia delle garanzie tipiche⁴¹.

Molto rapidamente, per avviarmi a conclusione, dirò che questo legame, a mio modo di vedere, esiste indiscutibilmente.

Invero, se si considera la funzione essenziale delle garanzie reali, non si faticerà a scorgerla nella prelazione in sede esecutiva; solo una volta avvenuto l'inadempimento entra in giuoco il ruolo pregnante, il *proprium*, della garanzia reale: assicurare, cioè, al

⁴¹ Su tutte le predette questioni rinviamo il paziente lettore a quanto già esposto in F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., *passim*.

creditore privilegiato una preferenza soddisfattiva sul ricavato. S'intende, però, che se la cosa vincolata fosse, in quel momento, già divenuta di proprietà del creditore, questi non avrebbe più interesse sul piano pratico, né modo, sul piano tecnico, di far valere la garanzia.

In questa logica, l'idoneità dell'accordo commissorio a divenire pattuizione di stile avrebbe sostanzialmente posto le basi per una scomparsa, almeno dal punto di vista pratico, delle garanzie reali, così come oggi le conosciamo.

D'altra parte, la funzione – cioè la giustificazione causale – del vincolo di garanzia reale è da cogliere, appunto, nella *preordinazione del bene* vincolato ad una *esecuzione forzata*, al fine di assicurare su un bene determinato la soddisfazione coattiva del creditore: ma se, attraverso un accordo commissorio connesso alla garanzia reale, fosse consentito di scavalcare l'attuazione processuale della garanzia, verrebbe meno la stessa giustificazione causale di essa.

Ed infatti, una davvero significativa conferma del profilo appena enunciato si ritrova nel disposto dell'art. 2911 c.c., il quale vieta al creditore assistito da garanzia reale (pegno, ipoteca, privilegio) di sottoporre ad esecuzione altri beni del debitore senza sottoporre ad esecuzione anche quelli vincolati. Nella medesima prospettiva, del resto, appare indirizzato l'art. 558 del codice di rito, il quale prevede che ove il creditore ipotecario abbia esteso il pignoramento a beni non vincolati in garanzia, il giudice dell'esecuzione possa ridurre il pignoramento *ex art. 496* (dunque, sottraendo alla esecuzione i beni non vincolati), ovvero sospenderne la vendita fino al compimento di quella relativa ai beni ipotecati.

In definitiva, dunque, deve considerarsi che l'ammissibilità di un patto commissorio tipico avrebbe impedito il funzionamento della garanzia reale nel suo nucleo essenziale; ove il patto fosse consentito

e divenisse, come certamente sarebbe idoneo ad essere, di stile, pegno e ipoteca non servirebbero più da cause legittime di prelazione, con un totale stravolgimento della fisionomia di tali istituti.

Se così è – come sembra invero indiscutibile – si comprende che l'estensione del divieto del patto commissorio tipico (cioè, su garanzia reale) alle pattuizioni commissorie autonome perde qualsiasi ragione di essere, perché rispetto a queste ultime non assume alcun rilievo l'esigenza di salvaguardia e conservazione delle garanzie tipiche, né si profila alcun contrasto di tipo funzionale.

Questa prospettiva, ovviamente, lascia aperto il problema della giustificazione di un patto commissorio anticretico, rispetto al quale le considerazioni svolte non rappresentano un valido fondamento. Se, tuttavia, si guarda alla funzione dell'istituto anticretico (impiego produttivo della cosa a fine solutorio), si può agevolmente rilevare che ove il patto fosse valido, il creditore non avrebbe particolare motivazione ad incrementare la produzione, ma sarebbe anzi disincentivato, per assicurarsi il conseguimento della *res*: la nullità del patto, per contro, incentiva il creditore ad ottimizzare l'impiego produttivo della cosa, contribuendo con ciò alla realizzazione di quell'interesse generale alla produzione che contrassegna l'intero impianto del codice vigente.

10. Conseguenze della ricostruzione proposta e sua incidenza sul problema dell'ammissibilità di una cessione del credito a scopo di garanzia

Per quanto sin qui detto⁴², s'intende che patto commissorio tipico e pattuizioni commissorie autonome, benché suggestivamente simili (sul piano strutturale), costituiscono, in realtà, fattispecie completamente diverse; e la liceità, o meno, di queste ultime non può essere argomentata dalla norma che vieta il patto commissorio e, in particolare, dal fatto di rispettarne, o meno, le supposte ragioni giustificative (tutela del debitore, e/o dei creditori esclusi).

La validità dei patti autonomi, piuttosto, deve essere valutata in termini sistematici.

Da questo punto di vista, intanto, si deve considerare che l'espressione unitaria "patto commissorio autonomo" costituisce, in realtà, una sintesi verbale descrittiva di una pluralità di operazioni variamente articolate, e tendenti comunque a collegare il trasferimento della titolarità di un diritto alle sorti di un rapporto obbligatorio, preesistente (patti *ex intervallo*) o contestuale (patti *in continenti*).

Da un punto di vista pratico ciò serve sempre o a procurarsi liquidità, o a conseguire una dilazione di pagamento.

Sul piano giuridico questo intento si può realizzare attraverso strumenti tipizzati che non possono essere ritenuti in contrasto col divieto del patto commissorio, avendo questo ragione di essere solo con riguardo all'area delle garanzie reali e anticretica.

Le variabili giustificazioni causali di tali accordi, piuttosto, possono concretizzarsi in finalità (o funzioni) di tipo creditizio (come nel caso della vendita con patto di riscatto); o di tipo solutorio (come nel caso del trasferimento inteso alla immediata estinzione di un rapporto obbligatorio, con la possibilità, per il "debitore" – in effetti

⁴² Su cui, con più ampio sviluppo, ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 110 ss.; e ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 132 ss..

non più tale a seguito dell'accordo – di recuperare il bene eseguendo una prestazione *corrispondente* al contenuto originario del debito); ed anche, infine, di tipo sanzionatorio, come nell'ipotesi di trasferimento di un bene determinato quale conseguenza dell'inadempimento; trasferimento che – rettamente inteso – pare doversi ricondurre alla pattuizione di una clausola penale *ex art. 1382 c.c.*⁴³

⁴³ Non sembra invece – diversamente da quanto sostenuto in dottrina (soprattutto da C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, cit., 126 ss.; e da F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 319 ss., 370 ss. e 429) – che, almeno *de iure condito*, sia possibile perseguire, attraverso il trasferimento di beni determinati, finalità di garanzia, trattandosi di risultato sistematicamente inaccettabile (per la dimostrazione di questo assunto sia consentito rinviare, ancora, a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 200 ss.).

Diversamente, tuttavia, sembrerebbe potersi ragionare proprio con riguardo alla cessione del credito, atteso che la circolazione del diritto relativo diretta a fini solutori risulta normativamente compatibile (cfr. art. 1198 c.c.) con la sopravvivenza del rapporto principale; e che una siffatta sopravvivenza costituisce presupposto essenziale del funzionamento di un meccanismo di “garanzia” in senso tecnico (d'altra parte, lo stesso art. 1198 c.c. parrebbe assegnare, nell'ordinaria ipotesi di cessione solutoria *pro solvendo*, una funzione in senso lato di “garanzia” alla stessa sopravvivenza del rapporto originario, muovendo dal presupposto che l'interesse creditorio è soddisfatto non dalla mera attribuzione del diritto (di credito) ceduto, ma dalla sua concreta realizzazione).

Il che evidenzia, se ben si considera, che mentre l'attribuzione solutoria di cose determinate (*datio in solutum*) estingue senz'altro (salvo quanto previsto in fine del comma 2 dell'art. 1197 c.c.) il rapporto obbligatorio originario, al contrario, l'attribuzione solutoria di un credito (atteso il rischio della sua mancata realizzazione) implica normalmente (e salvo diverso accordo) la contestuale titolarità di pretese diverse (quella originaria, e quella solutoria) in capo al creditore, sia pure non cumulativamente esercitabili.

Nessuno di questi accordi urta contro il divieto del patto commissorio, fermo restando che ciascuno di essi, in ragione del suo specifico contenuto, o delle circostanze sotto le quali è stato stipulato, potrà trovare specifici limiti ed adeguati rimedi in altri istituti, spaziando dalla rescindibilità del patto, alla riducibilità del suo contenuto, *ex art. 1384 c.c.*, sino alla possibilità di un annullamento dell'accordo, ai sensi dell'art. 1438 c.c., tutte le volte in cui risulti che il creditore ha coartato il debitore, minacciando di azionare il credito, al fine di procurarsi un ingiustificato vantaggio⁴⁴.

Alla stregua di quanto appena detto, allora, si dovrà, infine concludere anche per la cessione del credito con *finalità di garanzia*, in ordine alla cui ammissibilità non è dalla disciplina che vieta il patto commissorio che possono trarsi validi argomenti.

Piuttosto, deve invece rilevarsi che un argomento di particolare rilievo in ordine all'ammissibilità della figura pare doversi trarre dalla disciplina della cessione solutoria di cui all'art. 1198 c.c., nella misura in cui essa evidenzia (come già accennato) una piena compatibilità tra *trasferimento* del credito e *sopravvivenza* del rapporto originario, ed anche la possibilità che il credito ceduto risulti di maggior valore rispetto a quello originario.

Invero, il trasferimento del credito di cui all'art. 1198 c.c. si configura come una cessione solutoria salvo buon fine (e, dunque, con quiescenza del rapporto originario, che sopravvive), la quale ammette varianti convenzionali, essendo fatta salva la «diversa volontà delle parti».

Una di queste varianti è, certamente, la cessione solutoria con effetto estintivo immediato; nulla esclude, peraltro, che in una cessione solutoria venga pattiziamente conservata al debitore la

⁴⁴ Cfr. ancora F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio*, cit., 231 ss.; e ID., *Il divieto*, cit., 300 ss..

possibilità di recuperare, adempiendo il debito originario (rimasto in vita), il diritto (di credito) provvisoriamente trasferito; e in questa direzione, attesa la sicura compatibilità (quale normativamente espressa dall'art. 1198 c.c.) del *trasferimento attuale* del credito con la sopravvivenza del rapporto originario, la finalità di garanzia si risolverebbe in nient'altro che in una peculiare regolamentazione convenzionale dell'ordine di preventiva escussione dei crediti (tutti egualmente assegnati in titolarità al creditore (cessionario); regolamentazione convenzionale che non sembra incontrare alcun ostacolo normativo, né funzionale, in ordine alla sua praticabilità dovendo, perciò, reputarsi pienamente ammissibile e lecita, fatti salvi – ovviamente – e per quanto sopra detto, i limiti eventualmente ricavabili da altri luoghi del sistema civilistico⁴⁵.

⁴⁵ Dal momento che la prestazione data *in solutum* può anche essere di valore maggiore di quella originaria (cfr. art. 1197, comma 1, c.c.), non si può escludere che la cessione solutoria del credito abbia ad oggetto una pretesa creditoria economicamente più rilevante di quella principale. In una cessione *pro soluto* una siffatta eventualità è senz'altro da ammettere, esattamente come per l'ipotesi di cui all'art. 1197 c.c., senza che ciò abbia a determinare *tout court* l'invalidità dell'accordo; ed altrettanto deve dirsi ove si tratti di cessione *pro solvendo*.

Se, tuttavia, le parti hanno pattiziamente configurato l'attribuzione del credito ceduto in termini di "garanzia", conformemente alla funzione del rapporto (che è quella di assicurare al creditore il conseguimento della propria pretesa, o, almeno, il suo equivalente economico) deve ammettersi che il creditore "cessionario" che abbia riscosso il credito ceduto al fine di realizzare (il valore del)la pretesa originaria sia tenuto alla restituzione dell'eventuale eccedenza.

Ci si potrebbe interrogare, tuttavia, in ordine alla rilevanza, *in iure*, di eventuali accordi ulteriori che consentano al creditore di trattenere anche tale eccedenza.

Nelle ipotesi di patti commissori autonomi (aventi, cioè, ad oggetto il trasferimento della proprietà di cose determinate) un omologo risultato è certamente da ammettere (nel senso che l'accordo con cui si dispone di beni di

maggior valore rispetto al rapporto obbligatorio di riferimento non è, per ciò solo, nullo), ma – come a suo luogo abbiamo avuto occasione di illustrare (F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 231 ss.; ID., *Il divieto del patto commissorio*, cit., 300 ss.) – trova sulla sua strada una serie di limiti e rimedi a vantaggio del debitore che ha subito l’ingiustificato approfittamento dell’altra parte, nonché a vantaggio degli altri (eventuali) creditori non partecipanti al patto.

Non sembra, tuttavia, che la medesima soluzione resti valida anche per la fattispecie appena considerata.

Come già detto (*supra*, nt. 43), invero, un trasferimento fiduciario della *proprietà* di beni determinati, fatto unicamente *cavendi causa* e, perciò, coesistente alla sopravvivenza del rapporto obbligatorio originario (*in thesi*: “garantito”), non sembra sistematicamente ammissibile; piuttosto – come altrove evidenziato (F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, cit., 156 ss. e 178 ss.) – il trasferimento “commissorio” può essere sorretto da finalità *creditizie* (come, ad es., nel caso del *lease back*), *solutorie* (come, ad es., in una dazione con patto di riscatto), ovvero (più raramente) *sanzionatorie* (ad es., trasferimento di una cosa determinata per il caso di inadempimento).

Rispetto a ciascuna di tali finalità l’eventualità del trasferimento di una cosa di maggior valore rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio al quale il patto si connette non vale a far sorgere senz’altro un obbligo di restituzione dell’eccedenza, pur potendosi determinare, proprio in funzione del maggior valore della cosa commissoriamente negoziata, l’attivazione di altri rimedi giuridici volta per volta riferibili alle singole pattuizioni richiamate (ad es., un rimedio rescissorio; o una riduzione *ex art. 1384 c.c.*, etc.).

Quando, tuttavia (come è a dirsi per l’ipotesi della *cessio in securitatem*) la finalità perseguita dalle parti è (dovendosi in quel caso ritenere, come detto, ammissibile) di *mera garanzia*, mentre, per un verso, la funzione dell’accordo (appunto, di garanzia) *imporrà* la restituzione dell’eccedenza (essendosi pienamente esplicito il fine convenzionalmente programmato), per altro verso, eventuali pattuizioni intese ad assegnare al creditore soddisfatto (attraverso la realizzazione della garanzia) anche il maggior valore del diritto (di credito) ceduto in garanzia risulteranno, in realtà, *prive* di una *giustificazione sostanziale* sistematicamente accettabile: infatti, l’attribuzione dell’eccedenza (certamente non giustificata dal fine di garanzia, né da finalità di finanziamento, estranee alla fattispecie) non potrebbe trovare fondamento né nella *solutio*, né in una finalità

11. *Rilievi comparatistici e prospettive de iure condendo*

La ricostruzione sin qui prospettata – che tiene conto del dato positivo oggi *vigente* – potrebbe richiedere ulteriori articolazioni, in vista dell’eventualità di una diversa (e, questa volta, espressa) regolamentazione normativa della fattispecie (*cessio in securitatem*) considerata.

Infatti, sulla scorta di modelli normativi proposti dall’esperienza straniera⁴⁶, è stato presentato (ad iniziativa

latamente sanzionatoria (*ex art. 1382 c.c.*), dal momento che la cessione solutoria posta in essere e l’avvenuta riscossione del diritto ceduto a tacitazione della pretesa originaria escluderebbero in radice la configurabilità di un inadempimento sanzionabile.

Nè sembra che residui uno spazio sistematicamente accettabile per accordi di tale portata, in quanto diretti a soddisfare interessi (di mero approfittamento di una parte) sostanzialmente non meritevoli di tutela, con la conseguenza che, a nostro giudizio, il soggetto garantito dalla *cessio in securitatem* non potrà trattenere ciò che eccede quanto necessario alla soddisfazione della pretesa garantita.

⁴⁶ Il riferimento è, soprattutto, alla disciplina francese della *fiducie* (in proposito v. A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *Trusts*, 2007, 569 ss.; e *ivi*, 469 ss., il testo della legge francese con traduzione italiana), introdotta nel *Code civil* (artt. 2011-2030) dalla Loi n. 2007-211 du 19 février 2007 (poi modificata dalla Loi n. 2008-776 du 4 août 2008 e dalla *Ordonnance* n. 2009-112 du 30 janvier 2009); e alla disciplina che nello stesso *Code* è stata dettata negli artt. 2372-1 sino a 2372-5 in tema di trasferimento fiduciario a scopo di garanzia, per effetto della Loi n. 2009-526 du 12 mai 2009 e della cit. *Ordonnance* n. 2009-112. Nel testo del ddl AS/2284 (e anche in successivi ddl), peraltro, si fa anche riferimento esplicito alle soluzioni dettate in tema di titolarità fiduciaria di beni nel *Draft Common Frame of Reference* del diritto privato europeo (per il quale v. C. V. BAR – E. CLIVE – H. SCHULTE-NÖELKE,

governativa: Min. Giustizia) il ddl *Delega al Governo per apportare modifiche al codice civile in materia – tra l’altro – di disciplina della fiducia* (AS/2284, comunicato alla Presidenza il 15 luglio 2010, successivamente ripreso, sostanzialmente, da altre iniziative legislative⁴⁷), il cui art. 1, dopo aver descritto il contratto di fiducia

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, Munich 2009. Per una traduzione italiana (a cura di C. Galligani) del Libro X del DCFR, in tema di *trust*, si può utilmente visitare l’indirizzo *Internet* http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=202#_ftn2.

Sulle iniziative legislative intese alla regolamentazione del contratto di fiducia, nonché sulle corrispondenti esperienze normative straniere, v. A. BARBA-D. ZANCHI (a cura di), *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Torino 2012, *passim*.

Per la considerazione, *de iure condito*, del c.d. “contratto di affidamento fiduciario”, inteso come fattispecie diversa da quella del c.d. contratto di fiducia, e descritto come «il contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l’individuazione di taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all’affidatario» v., ampiamente, M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. notariato*, 2012, 513 ss.

⁴⁷ Il riferimento è, soprattutto, alla proposta di legge AC n. 4554 (presentata, nel corso della XVI Legislatura, il 27 luglio 2011), d’iniziativa dell’on. Cambursano, che – riprendendo il progetto di legge Leddi, AS n. 854/2008 – prospetta l’introduzione, nel codice civile, degli artt. 1741 *bis* a 1741 *duodecies*, regolanti il contratto di fiducia, e degli artt. 2645 *ter* (che dovrebbe essere dettato in sostituzione del corrispondente articolo codicistico oggi vigente) e 2684 *bis*, in tema di trascrizione del contratto di fiducia. In questo contesto è dettato un art. 1741 *quinquies*, in tema di “contratto di fiducia costituito a scopo di garanzia e di liberalità”, del seguente tenore: «il contratto di fiducia può essere concluso da chi agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale con un operatore professionale per garantire crediti anche futuri, determinati o determinabili. Qualunque patto, che abbia per oggetto o per effetto di liberare il

come quello «*con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo un scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili*», fissa(va) tra i principi e criteri direttivi ai quali il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercizio della delega legislativa anche quello di dettare una disciplina specifica per il *trasferimento fiduciario a scopo di garanzia*⁴⁸, quale contratto

fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante o a un terzo il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia all'epoca della sua realizzazione e il debito garantito, è nullo. Si applicano, in quanto compatibili, le norme sulla cessione dei beni ai creditori. La liberalità realizzata attraverso il contratto di fiducia destinata al mantenimento, cura o sostegno di una persona disabile non è soggetta a collazione».

Come si evince dal confronto con la corrispondente previsione contenuta nel ddl AS 2284 (riportato nella nota che segue), la disciplina prevista per la fiducia a scopo di garanzia è, pur nella diversità di formulazione e di contesto, *sostanzialmente* assimilabile. Non diversamente deve dirsi della proposta formulata nel corso del 47° *Congresso nazionale del notariato* (di cui v., in particolare, l'art. 1730 *septies*, commi 4, 5 e 6, c.c., come recato dalla proposta, che si legge, *on line*, all'indirizzo: <http://www.abbruscatonotaio.com/component/content/article/50-nuovo-archivio/801-consiglio-nazionalele-cinque-proposte-del-notariato>)

⁴⁸ Riportiamo, per comodità del lettore, il testo del ddl nella parte di interesse (art. 1 ddl n. 2284):

«1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della fiducia.

2. La disciplina di cui al comma 1, tenuti in considerazione i principali modelli normativi dei Paesi dell'Unione europea, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e con le convenzioni internazionali, e in conformità ai principi e ai criteri direttivi previsti dalla presente legge, realizza il necessario

coordinamento con le altre disposizioni vigenti, anche tributarie.

[...]

6. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere, nell'ambito del titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale contratto con cui il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili;

b) prevedere che il contratto di fiducia venga stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità;

c) prevedere, quali effetti del contratto, di fiducia la separazione patrimoniale, la surrogazione del fiduciario e l'opponibilità del contratto ai terzi ed ai creditori mediante idonee formalità pubblicitarie riguardanti i diritti ed i beni che costituiscono oggetto della fiducia. In particolare:

1) escludere che, qualora il fiduciario sia una persona fisica, i diritti e i beni oggetto del rapporto siano parte della comunione legale tra coniugi, o cadano in successione;

2) prevedere che il denaro facente parte del patrimonio fiduciario sia versato in un deposito nella disponibilità del fiduciario e che in tale ipotesi il contratto di fiducia, fermo restando il vincolo di forma di cui alla lettera b), si perfezioni con il versamento dell'intero importo;

d) dettare una disciplina specifica per:

1) la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare prevedere:

1.1) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia;

1.2) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciante che agisce per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale;

1.3) che la fiducia possa essere destinata a garantire debiti diversi da quelli per cui era stata originariamente costituita, qualora l'atto costitutivo preveda tale

possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati;

1.4) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o, se diversamente previsto dal titolo, al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia;

1.5) la disciplina per il caso in cui i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, siano sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario;

2) il contratto di fiducia a scopo assistenziale, prevedendo che il valore dei beni conferiti non possa eccedere i bisogni del beneficiario e facendo salve le disposizioni a tutela dei diritti dei legittimari. Tali disposizioni non si applicano qualora il beneficiario sia una persona disabile;

e) disciplinare i diritti, gli obblighi e i poteri del fiduciario e del fiduciante, o del terzo che sia nominato per far valere gli obblighi del fiduciario;

f) disciplinare l'opponibilità ai terzi aventi causa delle eventuali limitazioni apposte ai poteri del fiduciario e l'obbligo di rendiconto;

g) disciplinare la cessazione del fiduciario dall'incarico, prevedendo la possibilità di sua sostituzione anche da parte del giudice e l'ingresso del nuovo fiduciario nella titolarità dei beni oggetto del rapporto;

h) disciplinare la durata del contratto, la revoca e la rinuncia del fiduciario, nonché la possibilità di nominare da parte del giudice, in caso di urgenza, un fiduciario provvisorio;

i) disciplinare le cause di scioglimento del contratto di fiducia, prevedendo tra di esse l'unanime deliberazione di tutti i beneficiari, purché pienamente capaci di agire;

l) determinare i casi in cui gli effetti del contratto di fiducia possono derivare dalla sentenza del giudice;

m) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti di questa derivino da testamento, salva la disciplina contenuta nell'articolo 627 del codice civile;

n) prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche nell'ipotesi in

diretto a garantire crediti determinati o determinabili, con previsione (in quest'ultimo caso) dell'importo massimo garantito.

Nel contesto della predetta (ipotesi di) disciplina – indubbiamente ispirata alla normativa francese in tema di *fiducie*, ma da questa grossolanamente mutuata – manca, in realtà, un espresso riferimento alla cessione *del credito* a scopo di garanzia⁴⁹, ove si ponga attenzione al fatto che mentre nella descrizione del contratto di fiducia in termini generali si fa espressa menzione del trasferimento di *diritti* (oltre che di beni o somme di denaro specificamente individuati), al contrario, nella disciplina specifica della “fiducia a scopo di garanzia” si fa sempre esclusivo riferimento

cui il titolare di beni se ne dichiara fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari;

o) dettare norme di coordinamento e, ove necessario, per la realizzazione dei principi e criteri direttivi di cui alle lettere da a) a n), di deroga alla disciplina di tutela dei creditori, alla disciplina sul contratto a favore di terzo, alla disciplina sulla cessione dei crediti futuri ed alla disciplina degli strumenti finanziari;

p) dettare norme di coordinamento e, ove necessario, per la realizzazione dei principi criteri direttivi di cui alle lettere da a) a o), di deroga alla disciplina fallimentare, regolando in particolare la possibilità per il curatore fallimentare di concludere il contratto di fiducia al fine di agevolare il riparto dell'attivo tra i creditori;

q) assicurare, in ogni caso, il coordinamento con le norme vigenti in materia di antiriciclaggio, antimafia, conflitto di interessi ed a tutela dell'ordine pubblico;

r) dettare, ove necessario, norme di coordinamento con la disciplina fiscale vigente in materia di *trust*» (il testo che precede è poi confluito, pressoché inalterato, all'interno del ddl comunitaria 2010 (AS/2322), al quale, peraltro, sono stati presentati, *in parte qua*, numerosi emendamenti intesi alla soppressione della predetta disciplina).

⁴⁹ Riferimento invece presente nella disciplina francese (cfr. art. 2372-1, 2372-2 e 2372-3 *Code civil*).

al trasferimento (in garanzia) di “beni” (cfr. il cit. art. 15^o, lett. d, nn. 1.1, 1.4, 1.5, il quale, tuttavia, fa anche riferimento, per il caso che siano trasferiti beni aziendali, ad “altri *elementi*” aziendali), onde non sembra espressamente regolato (almeno a prima impressione) il trasferimento di diritti (e, tra questi, di crediti) con funzione di garanzia⁵¹.

Non è possibile, ovviamente, scendere in questa sede ad un esame particolareggiato dei possibili propositi legislativi.

Ciò che, tuttavia, sembra opportuno evidenziare è che l'eventuale (ed ormai altamente prevedibile) introduzione di una disciplina positiva del trasferimento fiduciario a scopo di garanzia, se realizzata nei termini che risultano dalle iniziative legislative richiamate, non appare realmente idonea ad incidere radicalmente sul tema delle alienazioni commissorie di cose libere (cioè autonome), nonostante una stereotipa assimilazione del tema appena evocato con quello dei trasferimenti a scopo di garanzia; e nonostante la proclamata ispirazione della disciplina del trasferimento fiduciario

⁵⁰ Ovvero l'art. 1741 *quinquies*, comma 2, c.c. (come recato dal progetto di legge Cambursano)

⁵¹ Il che, ove ciò non fosse (più realisticamente) imputabile ad una “svista” del legislatore (considerando che nel modello normativo di ispirazione – *i. e.*: la disciplina francese della *fiducie* – la fattispecie del trasferimento fiduciario in garanzia di *diritti* è espressamente considerata), potrebbe anche apparire alla stregua di un indice rivelatore della già acquisita ammissibilità sistematica della cessione del credito a scopo di garanzia; e comunque, una volta ammessa espressamente la possibilità di un trasferimento fiduciario di beni e *diritti* in genere, e la possibilità di un trasferimento fiduciario in garanzia della proprietà, concludere – sulla base dell'equivoco tenore letterale della disposizione richiamata – per l'inammissibilità di un trasferimento fiduciario in garanzia del credito risulterebbe decisamente discutibile, perché si tratterebbe di conclusione sistematicamente irrazionale.

a scopo di garanzia a pretesi principi informativi della disciplina del patto commissorio⁵².

Ed invero, anche a prescindere dalla circoscritta rilevanza soggettiva del contratto di fiducia a scopo di garanzia⁵³, occorre considerare che il tema dei patti commissori autonomi non può farsi coincidere *tout court* con quello dei trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia (tale finalità essendo, anzi, attualmente estranea al sistema positivo vigente; e, comunque, quando pure normativamente ammessa, solo parzialmente sovrapponibile alla pluralità dei trasferimenti commissori possibili, in quanto potenzialmente destinati a perseguire – come sopra accennato – finalità (creditizie, solutorie e penali) diverse da quella di mera garanzia).

Né, va pure precisato, uno specifico rilievo sembra infine destinato ad assumere l'obbligo di *restituzione dell'eccedenza* di valore del bene trasferito in garanzia, in quanto la predetta soluzione (che ben si coordina, come sopra accennato (*infra*, nt. 45), con la

⁵² Infatti, nel *Dossier* a cura del Servizio Studi del Senato, n. 243 del settembre 2010, pag. 91 (consultabile on line all'indirizzo www.senato.it), riferito alla disciplina della fiducia recata dal ddl comunitaria 2010 (che conteneva analogha previsione, poi stralciata dal testo e non approvata), si osserva(va) che la prevista «nullità dei patti finalizzati a liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al beneficiario o al fiduciante il saldo netto derivante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito» costituisce «specifica applicazione alla disciplina del contratto in esame del principio generale che ispira le disposizioni codicistiche in tema di divieto del patto commissorio (si vedano in particolare gli articoli 1963 e 2744 del codice civile)», da ravvisare verosimilmente, secondo quanto è dato intuire dal passo appena riportato, in un generale divieto di abusivi approfittamenti.

⁵³ Cfr. il comma 6, lett. d), punto 1.2 del testo normativo sopra citato, alla nota 47, nonché il comma 1 del progettato art. 1741 *quinquies* c.c., citato nella nota 46.

finalità di garanzia del trasferimento fiduciario) non è detto possa essere senz'altro trasportata, di peso, dall'area dei trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia a quella coperta dagli altri possibili trasferimenti commissori, rispetto ai quali l'attribuzione di un bene di valore superiore all'importo del credito *procurato* (contratti con funzione creditizia), *estinto* (contratti solutori) o *regolato* (quanto alle conseguenze dell'inadempimento: contratti con funzione penale o sanzionatoria) appare, per quanto più sopra detto, diversamente giustificabile.