

---

## Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario

1. – La decisione delle Sezioni unite ribadisce testualmente quella precedente del medesimo collegio 1611/89<sup>(1)</sup>. Il caso deciso è lineare e non offre specificità di fatto, che consenta alcuna riserva sull'inequivocità ed ampiezza del *dictum*, come Mariconda ebbe problematicamente ad adombrare su quella precedente<sup>(2)</sup>.

Le Sezioni unite confermano qui il recente orientamento ini-

---

Da «Il Foro italiano», 1990, I, p. 205 ss. e da «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Cedam 1994.

*Lo scritto annota la seguente massima:*

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, 21.4.1989, n. 1907; Pres. Brancaccio, Est. Meriggiola, P.M. Amatucci E. (Concl. conf.); Castiglione c/ Leotta: «Sono nulle perché vietate dall'art. 2744 c.c. sia le vendite a scopo di garanzia in cui il bene è trasferito in definitiva proprietà del creditore nel caso di mancata restituzione della somma mutuata, ma anche le vendite in cui il bene è invece trasferito immediatamente, ma con la clausola risolutiva nella ipotesi in cui il venditore, entro una certa data restituisca all'acquirente l'importo convenuto (con riguardo al caso che l'acquirente sia il creditore e l'importo sia stato precedentemente versato a titolo di mutuo). Nelle vendite a scopo di garanzia, quest'ultima assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obiettiva giustificazione nel fine della garanzia ed il versamento del danaro non costituisce pagamento del prezzo, ma esecuzione di un mutuo. Il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, ma la costituzione di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria nonostante le apparenze. La provvisorietà costituisce un elemento rivelatore della causa di garanzia e quindi della diversità tra causa tipica del negozio e determinazione causale delle parti. La vendita in se lecita e non puramente formale assume la figura di contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.)».

(1) In *Foro it.*, 1989, I, p. 1428, con note adesive di V. MARICONDA e F. REAL MONTE.

(2) In *Foro it.*, 1989, I, p. 1429.

ziato da Cass. 3800/83 e dalle altre che sono seguite <sup>(3)</sup> e superano l'isolato *revirement* della 7385/86 <sup>(4)</sup>. Esse concludono altresì una lunga controversia nel senso che reputano d'obbligo l'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c. perché non trattasi di norma eccezionale ed anzi, all'opposto, esprime «un principio comune a molti istituti».

La pronuncia ha, nel caso in esame, particolare riguardo alle disposizioni commissorie che si rinvencono a proposito delle c.d. garanzie «occulte», quali sono le vendite a scopo di garanzia. Essa conferma, in modo inequivoco, che il divieto di patto commissorio comprende sia le vendite a scopo di garanzia, sotto condizione sospensiva, sia quelle sotto condizione risolutiva (quali le vendite con patto di riscatto, di retrovendita, di retroacquisto).

La diversità delle due ipotesi negoziali come delle rispettive condizioni, è ritenuta giustamente più apparente che reale. Nel primo caso, infatti, la vendita (e così l'acquisto) diviene definitiva alla mancata restituzione del prestito; nell'altro, l'acquisto (e così la vendita) lo diviene alla mancata restituzione del prezzo di riscatto (che altro non è se non il medesimo importo mutuato).

Le Sezioni unite colgono nel segno, laddove sottolineano che le due ipotesi sono infatti «espressive della medesima realtà».

Il dato comune ad esse è infatti costituito dalla loro funzione di garantire il credito sino alla sua estinzione, che si verificherà alternativamente con la *solutio* o la prevista cessione definitiva del bene in garanzia.

La pronuncia afferma correttamente che le due ipotesi sono «dominate dall'intento primario di garanzia» e che in entrambe «lo scopo perseguito non è diverso». Partendo da codesta premessa, la corte sottolinea che in questi casi si ha «una consapevole divergenza tra lo scopo pratico di garanzia, voluto dalle parti, e la causa tipica della vendita» e così questa, come tale, è da giudicarsi simulata. Si ha qui una risposta corretta e pertinente alla lunga controversia se

(3) In *Foro it.*, 1984, I, p. 212, con nota di MACARIO; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1648, con nota di DANUSSO; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953, con nota di AZZARITI; in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 97, con nota di Rocco. Tale orientamento è stato confermato da Cass. 7271/83, *Foro it.*, 1984, I, p. 426; 3784/87, *id.*, Rep. 1988, voce *Patto commissorio*, n. 4; 46/88, *id.*, 1988, I, p. 387.

(4) In *Foro it.*, 1987, I, p. 799.

la vendita sotto condizione risolutiva (a scopo di garanzia) sia da considerare simulata (e la simulazione sia perciò da ritenere ammissibile), o invece sia piuttosto vera e reale e di tipo fiduciario.

Ove per avventura si dovesse rimanere ancorati all'opposto profilo di un negozio fiduciario, comunque le enunciazioni in *obiter* della decisione imporrebbero conclusioni radicalmente nuove, in ordine al medesimo modo di intenderlo. A scorrere la parte motiva della decisione in esame, quello che esce scosso dalle fondamenta, e da giudicarsi del tutto improponibile, è lo schema romanistico della fiducia *cum creditore*, accolto sin qui<sup>(5)</sup>.

Si ha riguardo a quel passo della decisione che qualifica «causale e non astratto il trasferimento». La «causa» è stata – come si è detto correttamente individuata «nel patto interno di garanzia, voluto dalle parti», e non nella *fiduciae causa*, astrattamente considerata, che induceva a svalutare il patto interno a livello di semplice motivo<sup>(6)</sup>. La medesima proprietà, di cui si ipotizza il trasferimento, è qui intesa come «provvisoria» e non «piena e definitiva», come sempre sostenuto in precedenza. In ogni caso anche un negozio di tipo fiduciario del genere viene ritenuto, dalle Sezioni unite, del tutto illecito e nullo, sotto il profilo della frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*<sup>(7)</sup>.

2. – Cominciamo a vedere, in modo più penetrante, quale sia il fenomeno contemplato dal divieto di patto commissorio.

Il patto commissorio può definirsi come «l'accordo con cui il debitore destina in proprietà definitiva del proprio creditore, a soddisfo per compensazione (totale o parziale) del proprio debito, un

---

(5) G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, pp. 1-32, 52-101, 105-120; C. GRASSETTI, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 334 ss.; R. NITTI, *Negozio fiduciario*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1965, XI, p. 202; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1978, XXVIII, p. 32; G. PUGLIESE, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, p. 156; nonché *id.*, 1946, I, p. 87 e in *Riv. dir. civ.*, 1955, II, p. 1064. Nel senso della fiducia germanistica: A. DE MARTINI, in *Giur. it.*, 1946, 1, 1, p. 321; U. CARNEVALI, in *Dizionario del diritto privato*, Milano, 1980, pp. 455 ss., e bibliografia ivi citata. In senso critico, in genere: S. PUGLIATTI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 298 ss.; M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, p. 298.

(6) GRASSETTI, *op. cit.*, pp. 348, 353, 358-362, 363-372, 375-377.

(7) In questo senso anche G. PUGLIESE, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, I, pp. 87 ss.

bene in garanzia per il caso di propria inadempienza, senza alcuna previsione di stima del suo valore, sulla base di quelli correnti in tale momento». Essa può riguardare un debito che viene assunto contemporaneamente alla stipulazione (*in continenti*) o lo sia stato in precedenza (*ex intervallo*). Questo ricorre sovente nell'ipotesi in cui il debito, precedentemente sorto, venga prorogato<sup>(8)</sup>.

La convenzione commissoria riguarda necessariamente, come si è detto, il bene costituito in garanzia del credito, e non un qualsiasi altro bene nel patrimonio del debitore. La disposizione commissoria, sul piano dogmatico, ha perciò carattere accessorio rispetto al vincolo di garanzia e, in definitiva, al negozio da cui questo è sorto. Ciò appare di tutta evidenza nel caso in cui il bene formi oggetto di pegno, ipoteca, anticresi (c.d. garanzie palesi). La distinzione concettuale è invece assai meno percepibile nelle c.d. garanzie occulte, quale la vendita a scopo di garanzia, considerata da questa decisione<sup>(9)</sup>.

Occorre dire, a questo proposito, che in genere «la vendita a scopo di garanzia» non appare manifesta, ed a maggior ragione viene occultata la disposizione commissoria. Il negozio apparente di solito è rappresentato da una vendita pura e semplice di un bene, dal debitore al creditore. Sarà il quadro delle concrete circostanze in cui si colloca la vendita, e così gli accordi interni intervenuti e la documentazione formata dalle parti, a svelare che la vendita pura e semplice ha carattere simulatorio e dissimula la sottostante funzione di garanzia e la collegata disposizione commissoria. Ciò ricorre in modo evidente laddove le parti considerino il debito ulteriormente in vita rispetto alla vendita ed all'ipotetica compensazione con il presunto prezzo, e calcolino per giunta, gli ulteriori interessi.

La distinzione di un negozio di garanzia e di una disposizione commissoria è tuttavia in teoria ammissibile, sul piano dogmatico nell'ipotesi di una garanzia occulta, ove si ipotizzino due negozi in unico contesto e non un solo negozio.

Il carattere illecito (e non semplicemente nullo) del profilo commissorio comporta la più ampia libertà di prova sia orale che presuntiva, anche tra le parti, ai sensi dell'art. 1417 c.c. Il discorso ri-

---

(8) M. BIANCA, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 457, nonché *id.*, 1961, I, p. 49, e in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, pp. 117 ss. (v. anche *Il divieto*, cit., pp. 79 ss.).

(9) Tra i molti: BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 114 ss.

guarda, come risulta da questa decisione, sia le stipulazioni commissorie sotto condizione sospensiva, sia quale sotto condizione risolutiva. In particolare, potrà ritenersi che la vendita con patto di riscatto ha carattere simulato e che al di sotto di essa vi è un mutuo con patto commissorio. Le caratteristiche fondamentali della disposizione commissoria sono in definitiva costituite:

A) dal fatto che il bene destinato a soddisfo del debito è quello specifico in garanzia (e non già un bene qualsiasi nel patrimonio del debitore);

B) dal fatto che tale cessione avviene senza alcuna garanzia di una giusta valutazione del bene, con riguardo al momento in cui esso entra definitivamente nel patrimonio del creditore <sup>(10)</sup>;

C) infine, dal fatto che il creditore non acquista il bene in concorrenza con altri possibili acquirenti (come teoricamente avviene perfino nelle vendite all'asta).

Codeste circostanze delineano il pericolo che il creditore possa lodecupletarsi a danno del debitore e giustificano l'interesse sociale. Si comprende altresì perché da sempre si consideri lecito il c.d. patto marciano (con la connessa stima del bene) <sup>(11)</sup>, e infine, come sia ritenuto nullo anche il c.d. patto commissorio, con effetto obbligatorio, e il suo epilogo conclusivo <sup>(12)</sup>.

3. – Passiamo ora a considerare il problema di principio concernente quale interpretazione sia da ritenersi preferibile, problema risolto dalla decisione in rassegna in senso favorevole a quella estensiva.

La questione si pose, sotto il precedente codice, a proposito dell'estensione del divieto del patto commissorio dal pegno all'ipoteca (che non era compresa). La dottrina dominante <sup>(13)</sup> e la giurisprudenza più antica delle cassazioni regionali <sup>(14)</sup> propendevano per

---

(10) Significativo in questo senso l'intervento di Gianquinto, nella seduta del 4 luglio 1940, sugli artt. 690 e 691 del progetto preliminare al codice civile.

(11) U. CARNEVALI, *Patto commissario*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, XXXII, pp. 501 ss.; BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 202 ss.

(12) Tra i molti: BIANCA, *op. cit.*, pp. 177 ss.

(13) G.P. CHIRONI, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 708; E. ALBERTARIO, *id.*, 1924, II, p. 233; E. BETTI, *id.*, 1931, II, p. 688.

(14) Tra le molte: Cass. Roma, 15 maggio 1914, *Foro it.*, Rep. 1914, voce *Mutuo*, n. 3; Cass. Napoli, 23 febbraio 1991, *id.*, Rep. 1911, voce cit., n. 6.

l'interpretazione estensiva. La Corte suprema, dopo la decisione delle Sezioni unite del 28 luglio 1923<sup>(15)</sup>, e Brugi<sup>(16)</sup> sostennero, all'opposto, il partito restrittivo, sulla base del preteso carattere eccezionale e del divieto di analogia desumibile dall'art. 4 delle preleggi del tempo. Questa controversia si è riproposta con il nuovo codice (che ha esteso il divieto all'ipoteca ed al patto *ex intervallo*) a proposito delle vendite a scopo di garanzia. La tesi restrittiva, accolta dalla giurisprudenza meno recente, ampliava il divieto sino a comprendere la vendita a scopo di garanzia sotto condizione sospensiva, ma lo escludeva nel caso di quella sotto condizione risolutiva<sup>(17)</sup>. Il nuovo orientamento seguito alla decisione di legittimità 3800/83 e la dominante dottrina<sup>(18)</sup> si sono dichiarati, in via di principio, favorevoli invece all'interpretazione estensiva.

Ora le Sezioni unite pongono fine alla controversia su questo punto, affermando, senza mezzi termini, che l'interpretazione letterale deve essere totalmente disattesa e non ha alcun fondamento.

La motivazione appare del tutto corretta. In effetti l'orientamento restrittivo, di cui si è parlato, è contraddittorio. L'interpretazione restrittiva poteva aver senso se il divieto fosse stato limitato alle sole ipotesi del pegno, dell'ipoteca e dell'anticresi, ai sensi degli artt. 1963 e 2744 c.c. Quella che si rivela priva di coerenza è l'opinione che amplia il divieto al caso non previsto della vendita a scopo di garanzia, sotto condizione sospensiva (così praticando un'interpretazione estensiva), mentre ricorre a quella restrittiva per escluderne quella sotto condizione risolutiva.

Si hanno qui due pesi e due misure totalmente ingiustificati. Le Sezioni unite continuano ad individuare la *ratio* del divieto nella duplice esigenza di tutelare la parte economicamente più debole di fronte alla possibilità «di una coazione morale del creditore» e dal-

(15) In *Foro it.*, 1923, I, p. 935, e in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, 233, con nota di ALBERTARIO.

(16) In *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46.

(17) Tra le molte: Cass. 6005/82, *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Patto commissorio*, n. 3; 2854/80, *id.*, Rep. 1980, voce *cit.*, n. 2; 1390/73, *id.*, Rep. 1973, voce *Vendita*, n. 80.

(18) F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 156; BIANCA, *op. loc. cit.*; G. STOLFI, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767; DALMAZZO, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 80; ANDRIOLI, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, *sub art.* 2744; ed in genere gli annotatori di Cass. 3800/83, *cit.*

l'altra di proteggere l'aspettativa alla *par condicio* degli altri creditori<sup>(19)</sup>. Codesta formulazione non è stata ritenuta in passato del tutto appagante da alcuni autori<sup>(20)</sup>. In realtà, l'ammissibilità del patto marciano mostra come il nostro ordinamento si preoccupi, in senso molto relativo, di proteggere, in questa sede, la *par condicio*<sup>(21)</sup>. L'investigazione della *ratio* va ulteriormente approfondita. In particolare, si pone il problema di individuare quella *ratio*, le cui ultime conseguenze non si risolvano nel negare la libertà del debitore e del creditore di dare e ricevere cosa diversa da quella dovuta, ai sensi dell'art. 1197 c.c., e sia, anzi, conciliabile con codesta norma. Si tratta qui di cogliere il rapporto differenziale tra *cessio in solutum*, in sé valida, e patto commissorio, all'opposto, invalido.

Il discorso merita di essere ampliato.

È stato sopra osservato che la cessione commissoria riguarda solo la destinazione, a soddisfo del credito, di quel bene che è vincolato a sua garanzia e non di qualsiasi altro bene nel patrimonio del creditore. Nel caso in esame, la condizione vincolata del bene limita di fatto la possibilità di alienarlo a terzi, a maggior prezzo, perché costoro sono resi diffidenti e disincentivati dal concorrere all'acquisto, così che tale bene appare in partenza destinato ad avere, come inevitabile acquirente ed «alle sue condizioni», solo il creditore.

Il nostro ordinamento, in queste condizioni, si preoccupa di preservare al debitore sino al momento in cui disporrà del bene (eventualmente anche a favore dello stesso creditore) le opportunità e le *chances* di realizzare in via alternativa quel bene a terzi interessati all'acquisto. Il nostro legislatore non esclude cioè che il debitore possa cedere quel medesimo bene *ex art. 1197* al creditore, ma vieta che possa impegnarsi in tal senso in anticipo o che addirittura lo ceda al medesimo sia pure in linea eventuale, perché ciò equivarrebbe a privarlo della libertà contrattuale. La libertà è qui intesa nel senso concreto di compiere scelte alternative e non in via astratta.

La *ratio* del divieto può in definitiva così formularsi: la cessione

---

(19) F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pp. 887 ss.

(20) Si è osservato correttamente che, ai fini del patto commissorio, è irrilevante il fatto che il valore del bene sia superiore al prestito e che in concreto si abbia approfittamento del creditore in danno del debitore, che potrebbe ricorrere al rimedio *ex art. 1448 c.c.*

(21) Il patto marciano legittima il soddisfacimento preferenziale del singolo creditore a scapito della *par condicio*.

del bene in garanzia al creditore deve essere espressione inequivoca di una volontà libera ed il debitore non deve essere privato sino all'ultimo della possibilità di vendere tale bene a terzi. Il creditore può rendersene cessionario in linea di massima esclusivamente sulla base di una stima.

La motivazione delle nostre Sezioni unite, a questo riguardo, è quanto mai penetrante e coglie nel segno laddove giustifica la tutela legislativa con l'esigenza di evitare che il proprietario-debitore sia «privato della libertà di contrattare». In questo senso il divieto si pone come conferma e presidio della libertà contrattuale e della medesima proprietà.

La motivazione delle Sezioni unite appare penetrante anche laddove ritiene il principio «comune a molti istituti». In linea generale, infatti, si ricava dal nostro sistema un disfavore nei confronti dell'assegnazione che prescindendo dalla stima del bene. Così, l'art. 2798 c.c. prevede l'assegnazione del bene in pegno al creditore esclusivamente «secondo la stima da farsi con perizia e secondo il prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di mercato».

Così, nell'esecuzione forzata, l'assegnazione del bene pignorato è ammessa solo dopo la diserzione del primo incanto e sempre ad un valore minimo vincolato a quello di base della vendita, malgrado che il nuovo incanto si terrà a qualsiasi offerta (artt. 506, 538, 2° comma, 536, 2° comma, c.p.c.). Parimenti, l'assegnazione di un immobile è contemplata solo dopo l'esito negativo della vendita e ad un prezzo vincolato a quello di stima (artt. 588 e 589 c.p.c.). Nel medesimo senso depone, in particolare, la disciplina della cessione dei beni ai creditori. Essa è ipotizzata, da noi, solo come cessione *pro solvendo* e non *pro soluto*, dove i creditori sono titolari di poteri di amministrazione e liquidazione (artt. 1977-89 c.c.) con il controllo del debitore, al quale compete in ogni caso un eventuale residuo attivo (artt. 1982-83 c.c.). Il diritto di espropriare i beni ceduti continua ad appartenere agli altri creditori anteriori. Per concludere, a questo punto, si comprenderà che il nostro ordinamento proibisce qualsiasi patto o atto con cui si destina preventivamente il bene, oggetto di garanzia, all'eventuale soddisfo del creditore, perché intende tutelare la residuale libertà del proprietario debitore di disporre dello stesso. Si rileverà altresì come sia del tutto irrilevante la circo-



stanza che tale disposizione sia subordinata a condizione sospensiva, piuttosto che risolutiva.

4. – Nel contesto sopra descritto, si deve riconoscere che la vendita a scopo di garanzia configura un'ipotesi oltremodo significativa di disposizione commissoria vietata. In effetti, essa sottrae il bene al potere dispositivo del proprietario-debitore, costituendolo in una sorta di pegno atecnico del creditore e nel contempo lo destina anticipatamente a soddisfo della sua ragione di credito. A questo riguardo poco conta che la disposizione sia subordinata a condizione sospensiva o risolutiva. Sotto un certo aspetto, quest'ultima ipotesi rientra a maggior titolo nel divieto, perché quivi la libertà residuale del debitore di disporre del bene è ancora minore dell'altra ed il bene viene «da subito», considerato di proprietà del creditore e destinato al soddisfo eventuale della sua ragione creditoria. In quest'ordine di idee, poco conta – come si è detto all'inizio – che l'alienazione commissoria venga ipotizzata sul piano dogmatico come negozio fiduciario «*fiducia cum creditore*», invece che come contratto innominato proibito. Non può dedursi dall'eventuale qualificazione fiduciaria (intesa in senso romanistico piuttosto che germanistico e viceversa)<sup>(22)</sup> alcuna giustificazione di validità di un negozio comunque illecito ai sensi dell'art. 1344 c.c. In questo senso non ha neppure pregio la ricerca se la vendita con patto di riscatto, a scopo di garanzia, mascheri in realtà una disposizione commissoria vietata sotto condizione sospensiva<sup>(23)</sup>. Entrambe le ipotesi sono vietate. Esse hanno, del resto, in comune la «mancanza di un prezzo», lo «scopo di garanzia», mentre la proprietà definitiva viene acquisita dal creditore solo a seguito della mancata restituzione dell'importo a suo tempo corrisposto.

Le Sezioni unite a ragione affermano che in codesto tipo negoziale «il versamento non costituisce pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene è l'atto costitutivo di una garanzia innegabilmente provvisoria e suscettibile di evolversi, a seconda che il debitore adempia o non restituisca la somma ricevuta».

---

(22) PUGLIESE, in *Giul. Cass. civ.*, 1946, II, pp. 87 ss.

(23) BIANCA, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 456.

Sotto un altro angolo visuale le decisioni della Suprema corte offrono all'interprete un chiaro elemento diagnostico per distinguere la disposizione commissoria sotto condizione risolutiva, vietata dalla legge, dalla vendita con patto di riscatto, in sé lecita e valida *ex artt. 1500 ss. c.c.* Trattasi qui di vedere se la vendita con patto di riscatto abbia, o meno, uno scopo di garanzia, perché in questo caso devesi concludere per il carattere commissorio del negozio e la sua conseguente illiceità.

5. – È il caso ora di offrire un contributo di approfondimento intorno alla complessa problematica sviluppatasi in passato intorno alla vendita con scopo di garanzia.

Il fatto che questo negozio, comunque qualificato sul piano dogmatico, sia stato ritenuto dalle nostre Sezioni unite in ogni caso illecito e nullo, toglie praticamente tutto il valore alla disputa. Che rilievo può avere la diversa classificazione teorica di un negozio comunque illecito?

Vediamo tuttavia, per completezza di discorso, di che si tratta. La vendita con scopo di garanzia è realizzabile mediante l'impiego di un negozio simulato di vendita al fine di realizzare, nell'immediato, una funzione di garanzia e, quindi, al verificarsi dell'inadempimento, una cessione definitiva.

Cominciamo a vedere quale sia il significato da attribuirsi a codesta espressione di «garanzia». Devesi anzitutto escludere che il creditore rilevi, da codesta «garanzia», un diritto di prelazione nei confronti degli altri creditori, che continueranno a poter agire esecutivamente su quel bene, in ragione del proprio diritto e della propria prelazione. Il creditore non ha, cioè, alcun diritto reale di garanzia o di prelazione, nella comune accezione nei confronti dei terzi. Di per sé, tale garanzia non attribuisce al creditore neppure il potere di alienare il bene e, tantomeno, di soddisfarsi sullo stesso, se non in forza di uno specifico mandato, con obbligo di rendiconto<sup>(24)</sup>. La prelazione di cui il creditore potrà fruire nei confronti dei terzi è di mero fatto, nel limite in cui costoro scambieranno la proprietà apparente per reale e si asterranno dall'aggrederlo *in executivis*. Ciò dipende in

---

(24) La mancanza dell'obbligo del rendiconto lo trasformerebbe in patto commissario.

buona parte – è stato a suo tempo rilevato<sup>(25)</sup> – dalla segretezza delle parti in ordine a codesta apparenza. In questo senso si parla correttamente di «garanzia occulta».

La garanzia contemplata nel nostro caso, a favore del creditore, si rivolge sostanzialmente nei confronti del debitore proprietario, al quale vuole impedire di disporre del bene, così sottraendolo al diritto di pegno (in senso atecnico) proprio di ogni creditore su ogni bene del debitore e cioè a generica garanzia correlata alla responsabilità illimitata *ex art.* 2740 c.c. Si vuole sottrarre quel bene al potere del proprietario debitore di disporre in pregiudizio del creditore o quantomeno di rendere estremamente difficile la sua realizzabilità.

Il termine garanzia in definitiva, come fu a suo tempo rilevato<sup>(26)</sup>, viene qui impiegato nel significato di «garanzia in senso economico o pregiudiziale», e più propriamente di «misura cautelare».

Essa pare ipotizzare una forma anomala di sequestro convenzionale di tipo conservativo, invece che giudiziario, ai sensi degli artt. 1798 ss. c.c.<sup>(27)</sup>. Codesto negozio non è da reputarsi, di per sé, vietato finché si limita a prevedere il sorgere del vincolo cautelare e non contempla anche la cessione della proprietà del bene al creditore, nella quale si concreta la disposizione commissoria.

Tale negozio non appare tuttavia ammissibile nel nostro ordinamento, perché esso non prevede la custodia da parte del creditore, ma solo di un terzo *ex art.* 1798 c.c.

L'attuazione di un vincolo di garanzia di tale genere (nel senso di cautela) può conseguirsi in astratto attraverso la disintestazione del bene dal debitore proprietario e la sua intestazione al creditore. È il caso dell'impiego della fiducia germanistica<sup>(28)</sup>, coordinata ad un mandato anche nell'interesse del creditore e perciò irrevocabile ai sensi dell'art. 1723, 2° comma, c.c. o più genericamente ad un accordo di ritenzione *lato sensu*<sup>(29)</sup>.

---

(25) BIANCA, *Il divieto*, cit., pp. 114 ss., 243 ss.

(26) PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 306 ss.

(27) NICOLETTI, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1226; Cass. 3252/57, *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Sequestro*, n. 79.

(28) Ciò è praticabile nel caso di intestazioni fiduciarie di partecipazioni societarie.

(29) BETTI, *op. cit.*, p. 705, accenna ad una ritenzione convenzionale in genere. Essa viene ritenuta illecita per contrarietà al patto commissorio, a mio avviso erroneamente, da W. D'AVANZO, *Ritenzione*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1969, XVI, pp. 68, 172 ss.

Il trasferimento della sola intestazione (o proprietà formale) del bene dal debitore al creditore nei confronti dei terzi è ammessa dal nostro ordinamento limitatamente ai titoli, alle quote societarie ed ai titoli di credito dalle leggi 23 novembre 1939, n. 1966 e 13 aprile 1987, n. 148 sulle società fiduciarie. In questo caso la proprietà economica o sostanziale<sup>(30)</sup> resta al debitore. Il trasferimento della mera legittimazione formale dal debitore al creditore dei titoli sopra riferiti può assolvere ad una funzione di garanzia pura e semplice. In questo caso esso, di per sé, non rientra nell'ambito del divieto del patto commissorio, purché il suo impiego si limiti a codesta funzione di garanzia e non si estenda alla cessione della proprietà economica o sostanziale del bene.

Quando, all'opposto, quest'ultima evenienza dovesse verificarsi, si avrà un'ipotesi molto diversa, e cioè un'intestazione a titolo di garanzia, e la cessione definitiva, vale a dire un patto commissorio. Con riguardo ai titoli di cui si è detto, ciò accadrà allorquando non venga effettuata semplicemente la girata o il *transfert* sul libro soci, ma venga trasferita la proprietà piena (e cioè anche economica) a mezzo di fissato bollato di vendita dal debitore al creditore ed a soddisfo del credito. Tale negozio realizza un patto commissorio vietato, non diversamente da ogni altra ipotesi di vendita con scopo di garanzia di cui parleremo ora.

6. – Quello che non è attuabile nel nostro ordinamento è l'intestazione fiduciaria, a fine di garanzia, di un immobile dal debitore al creditore.

Ciò non può, a maggior ragione, verificarsi attraverso un negozio che realizzi una *fiducia cum creditore*, in senso romanistico<sup>(31)</sup>. A dir poco, codeste cessioni fiduciarie non sono trascrivibili sugli immobili perché esulano dal *numerus clausus* delle ipotesi di cui al-

---

(30) CARNEVALI, *op. loc. cit.*; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciarie*, Padova, 1933, p. 85. La distinzione è abituale nella giurisprudenza germanica e svizzera, dove il negozio è assoggettato alle regole del mandato e dove i conti fiduciarie non vengono portati in bilancio.

(31) Da una ricerca eseguita non esiste traccia di trascrizioni nei registri immobiliari dei negozi fiduciarie o di decisioni al riguardo. Quelle teoricamente favorevoli alla loro ammissibilità non si spingono a sostenerne anche la trascrivibilità.

l'art. 2643 c.c. <sup>(32)</sup> e anche di quelle identificabili per l'analogo effetto sulla base dell'art. 2645 c.c. <sup>(33)</sup>.

Entrambe, non essendo trascrivibili, non possono in definitiva procurare la disintestazione dell'immobile dal proprietario debitore e la sua intestazione al creditore. Esse non possono cioè assolvere ad una funzione di garanzia, sia pure nel senso cautelare sopra indicato.

Tanto meno sono trascrivibili nella loro essenza di negozi dissimulati. In passato, la vendita sotto condizione risolutiva (con patto di riscatto, di retrovendita o di retro acquisto) a scopo di garanzia è stata riguardata come un caso di cessione fiduciaria di tipo romanistico. Sotto questo profilo, si è posto l'accento sull'esuberanza del mezzo rispetto allo scopo, sul fatto che sarebbe vera e reale e non suscettibile di essere simulata, che darebbe luogo ad un contratto innominato a causa astratta (*fiduciae causa*) dove il patto interno costituirebbe un semplice motivo, sostanzialmente privo di rilievo <sup>(34)</sup>. Codesta qualificazione dogmatica non è a mio modo di vedere accettabile e la medesima fiducia romanistica non pare ammissibile nel nostro ordinamento.

Il discorso sopra riferito, del resto, si risolve in una petizione di principio, laddove parte dalle premesse indimostrate che tratterebbesi di una vendita con patto di riscatto effettiva e non simulata e che inoltre sarebbe valida perché realizzerebbe una fiducia romanistica, ammissibile nel nostro ordinamento.

In realtà, l'opinione che la simulazione ripugni alla vendita con patto di riscatto è da rifiutarsi, perché qualsiasi negozio può essere simulato <sup>(35)</sup>. Occorre quivi indagare, in altri termini, se le par-

---

(32) In tal senso, tra i molti, PUGLIATTI, *op. cit.*, pp. 302 ss.

(33) G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato* diretto da RESCIGNO, 19, Torino, 1986, pp. 100 ss.

(34) In questo senso e per l'ammissibilità del negozio fiduciario, con le caratteristiche indicate, nel nostro ordinamento: Cass. 5663/88 *Foro it.*, 1989, I, p. 101; 560/85, *id.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 295; 6423/84, *id.*, Rep. 1985, voce *Simulazione civile*, n. 8. Per l'esecuzione specifica del *pactum fiduciae* è Cass. Sez. Un., 6478/84, *id.*, 1985, I, p. 2325, con nota di MAZZIA. Non si condivide codesto orientamento privo di supporti legislativi e – a mio modo di vedere – superato dalla decisione in rassegna.

(35) Si incorre nell'opposto errore laddove si reputa il *lease-back* equivalere al patto commissorio. Infatti, quivi la stima del bene acquistato, il tipo professionale svolto dalle società di leasing, la mancanza di una *causa credendi* non autorizzano la generalizzazio-

ti nei rapporti vicendevoli non abbiano voluto né comperare né vendere, ma solo garantirsi. Un accordo a due, del resto, non può metter capo ad un'interposizione reale, ma solo a quella fittizia. Devesi all'evidenza escludere che un negozio simulato possa produrre quei medesimi effetti che nascerebbero dallo stesso, se fosse vero e reale. A questo contraddittorio risultato approda invece l'opinione che lo inquadra nell'ambito della fiducia di tipo romanistico. Si deve perciò ammettere, invece, con coerenza, che il simulato venditore può rivendicare il bene, i suoi creditori lo possono espropriare, la sua eventuale massa fallimentare lo può acquisire sotto pena di bancarotta fraudolenta (artt. 216, 1° comma, n. 1, e 3° comma, legge fallimentare).

La decisione delle nostre Sezioni unite mostra di essere in questo ordine di idee nel passo motivato in cui osserva che nella vendita con patto di riscatto, a scopo di garanzia, si ha una consapevole divergenza tra l'intento primario delle parti e la causa tipica della vendita<sup>(36)</sup>. È quanto affermarne il carattere simulato.

La novità di maggior pregio di questa decisione – a mio modo di vedere – ricorre proprio laddove essa liquida la fiducia romanistica nei suoi aspetti caratterizzanti. Si ha riguardo a quei passi che considerano il trasferimento del bene come causale e non astratto (*offiduciae causa*) ed il patto interno tra le parti come causa del negozio e non suo semplice motivo<sup>(37)</sup>. Assume rilievo altresì l'altro passo, dove si esclude che possa aversi qui una cessione definitiva della proprietà piena, di tipo analogo alla *mancipatio* romanistica, mentre al più, e all'opposto, è ipotizzabile quello di una proprietà

---

ne di una tale conclusione. Ciò non esclude che possa aversi, con riguardo a specifiche circostanze di fatto, patto commissorio.

(36) Per tale profilo: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pp. 248 ss.

(37) Il negozio fiduciario, ammesso dall'ordinamento svizzero, è stato giudicato causale (*causa mandati*), dal Tribunale federale svizzero, con decisione 13 luglio 1973 che annullava quella 21 settembre 1971 del Tribunale di Lugano in causa Fallimento Banca Vallugano e ha superato l'opposto orientamento favorevole all'astrattezza. Di recente, in Italia, è stato introdotto l'art. 30 D.L. 2 marzo 1989 n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989 n. 151, che assoggetta ad imposizione fiscale a carico del fiduciante le proprietà fiduciarie, intestate ad altri. Ciò costituisce l'ultimo argomento in più contro la fiducia romanistica.

provvisoria<sup>(38)</sup>. L'unica fiducia ammissibile, nel nostro ordinamento, limitatamente ai casi in cui essa è consentita, e con sicura esclusione dei beni immobili, resta in definitiva quella concernente la titolarità formale (e cioè la fiducia di tipo germanistico).

7. – Dopo questa digressione, torniamo al discorso concernente la vendita a scopo di garanzia di un immobile.

Perché si abbia a produrre la disintestazione dal proprietario debitore e la sua intestazione al creditore, è giocoforza ricorrere ad un negozio apparente che sia trascrivibile, la cui forma più usuale è la compravendita simulata. Essa però, perché simulata, è destinata a non produrre, in teoria, alcun effetto traslativo e così la proprietà resta al venditore ed il creditore non ne diviene proprietario.

La simulazione e la conseguente mancanza di effetti richiedono tuttavia del tempo per essere consacrata da un giudicato; nel frattempo il proprietario-debitore ha «le mani legate» e non è libero di disporre del bene nei confronti dei terzi. Tale situazione rientra nell'ambito della *ratio* che è alla base del divieto del patto commissorio.

Oltre a codesta situazione cautelare di mero fatto, perché possa aversi una fattispecie di patto commissorio occorre anche che le parti siano d'accordo altresì in un'eventuale cessione definitiva del bene al creditore e a soddisfo del credito. Tale cessione è virtualmente compresa nella vendita a scopo di garanzia e la disposizione, sia pure eventuale, del bene al creditore deve presumersi sino a prova contraria. La vendita «maschera perciò una disposizione commissoria», che può provarsi *ex art. 1417 c.c.* Essa in effetti è preordinata alla compensazione con il credito, garantito dall'intestazione cautelare e non allo scambio del bene contro un prezzo. Anche sotto questo profilo la vendita, nella sua parte dispositiva, è apparente e dissimula un patto commissorio. Quel che non è certamente ipotizzabile, nel nostro caso, è un negozio indiretto, perché si impiegherebbe un negozio simulato, come mezzo, in vista di uno scopo ulteriore<sup>(39)</sup>.

---

(38) Sulla proprietà provvisoria, M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, pp. 69 ss.; U. NATALI, *La proprietà*, Milano, 1962, pp. 145-154; PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milano, 1975.

(39) Il negozio indiretto presuppone che il negozio-mezzo sia vero e non simulato.

Tirando le somme, a questo punto, non può non concludersi che il negozio mascherato dalla vendita a scopo di garanzia, sia essa subordinata a condizione sospensiva o risolutiva, nella sua fisionomia unitaria (assorbente cioè della funzione di garanzia e di quella satisfattiva) è costituito proprio e per l'appunto dal patto commissorio di cui alla fattispecie vietata dall'art. 2744 c.c. e alla stregua della *ratio* sopra individuata.

***Lo scritto è stato richiamato da:***

L. BARBIERA, *Codice civile commentato*, Giuffrè, 1991, p. 237, p. 247 (dove dissente dalla mia tesi della inapplicabilità di negozi fiduciari agli immobili); C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino 1993, I, p. 686, nota 15; G. GITTI, *Diritto del patto commissorio ecc.*, in *Riv. trim. Dir. e proc. civ.*, 1993, I, p. 461, nota 9.